

الدكتور عبد الحى حجازى
أستاذ القانون المدنى بكلية الحقوق — جامعة عين شمس
والمحامى أمام محكمة النقض

محاضرات فى

المدخل لدراسة العلوم القانونية

١

القانون

مكتبة عبد الله وهبة
عابدين مصر


المطبعة العالمية ١٩، ١٧ ش ضريح سعد بالقاهرة

فصل تمهيدى

١ — العلوم الطبيعية والعلوم الاجتماعية : ثمة مجموعتان من العلوم : مجموعة العلوم الطبيعية كالفيزياء والكيمياء والفلك الخ ، وهذه تبحث الأشياء والظواهر التى تحدثها القوى الطبيعية . وإلى جوار هذه المجموعة من العلوم توجد مجموعة أخرى تتناول كل مايحدثه النشاط الذهنى البشرى ، وهذه تسمى العلوم الاجتماعية بالنظر إلى أن النشاط البشرى يقع دائماً داخل نطاق الجماعة . ومثال هذه العلوم الاجتماعية ، التاريخ والاقتصاد والقانون.

٢ — علم القانون : وأقدم العلوم الاجتماعية وأكملها هو علم القانون ، وهو يشتمل على القواعد الأساسية التى تنظم المجتمع البشرى ، والتى تسمى القواعد القانونية . وليس علم القانون هو علم فض المنازعات التى ترفع إلى المحاكم ، إذ هو يبين قبل كل شىء ما إذا كان عمل ما متفقاً مع القانون أو مخالفاً له ، ولهذا فإن من يسير فى حياته وفق مايقضى به القانون يستشعر الأمن والطمأنينة فى عمله ويحس القوة اللازمة لحماية حقوقه .

وعلم القانون لايعوزه الضبط والإحكام ، إذ هو يعتمد على المنطق السليم الذى جعله يحاكى العلم الدقيق . حتى لقد قيل فيه إنه بمنزلة الحساب من العلوم الاجتماعية الأخرى . لذلك ينبغى فى دراسة علم القانون اعتياد الدقة والضبط ، فيجب فى العبارات القانونية أن تكون كل عبارة محسوبة بدقة وعناية . فرب كلمة تنقل أو يستبدل بها غيرها يصير الكلام بسببها غير واضح ، مما قد يفضى إلى نزاع يطول أمده .

ويجب على من أعد نفسه لدراسة القانون ألا يحسب أنه مكلف فقط باستظهار معلومات معينة يعرف كيف يستخدمها لمصلحته أو لمصلحة غيره

بل يجب عليه أيضاً أن يعلم أنه فى بداية الطريق إلى مادة تقتضيه دقة علمية كبرى وإحساساً أدبيا رفيعاً .

٣ — ومثل هذه الدراسة إنما تتحقق شيئاً فشيئاً وبطريقة منظمة ، فيجب منذ البداية أن تعتمد ثقافة النشء القانونى على أسس تاريخية واجتماعية ثم يعطى الطالب معلومات إجمالية مختصرة فى جميع العلوم القانونية بحيث يتاح له فيما بعد أن ينمى هذه المعلومات ويعمقها . ويكفل تحقيق هذه الغاية ما يعطاه الطالب من دراسات أولية وأفكار تمهيدية فى القانون كله عامة وخاصة . وإنه لعالم جديد بالنسبة لطالب السنة الأولى فى كلية القانون يجب عليه أن يلم به ، ومن هنا كانت صعوبة هذه الدراسة .

لذلك يتعين على طالب السنة الأولى ألا يدخر وسعاً فى تحمل أعباء هذه الدراسة وهى أعباء غير هينة ، لايقتصر الأمر فيها على أن يبذل الطالب جهداً يعتمد على الذاكرة ، فدراسة القانون تقتضى بصفة أساسية التمعن والتدبر ، ومن ثم يجب على طالب القانون أن يواصل إعمال فكره فلا يكتفى بأن يتابع ما يعطى له بل يناقش ، « فالعلم على المناقشة أثبت منه على المتابعة » . ثم يجب على الطالب ، إلى جوار مايعطاه ، أن يعتمد إلى حد غير قليل على قراءاته الشخصية فى مختلف كتب القانون التى تعالج الموضوع الذى يدرسه ، ذلك أن الاستماع إلى الدروس ، على عظم أهميته ، لايجوز أن يكون هو قصارى جهد الطالب المتطلع إلى حظ أوفر فى هذا المجال .

ويجب أن تقترن دراسة النظريات بقراءة النصوص القانونية ، فكلما ذكرت مادة وجب على الطالب أن يرجع إلى مكانها فى القانون ويقرأها مع النصوص القريبة منها ، بل إن من النصوص القانونية الأساسية ما يجب على الطالب أن يستظهره . وكذلك ينبغى على الطالب ، إلى جانب تعوده استعمال المجموعات القانونية ، أن يعتاد الرجوع إلى المجلات القانونية .

٤ — **صلة علم القانون بالعلوم الاجتماعية الأخرى** : علم القانون علم واسع لاتصاله بعلوم اجتماعية أخرى : فى حين يستند على الدراسات التاريخية ، ويأخذ من الفلسفة بنصيب غير قليل ، إذا به يعتمد على الإلمام بعلوم أخرى كالتاريخ والاقتصاد وعلم الاجتماع .

٥ — (١) **صلة القانون بالتاريخ** : ان دراسة التاريخ لازمة لبحث الظواهر الاجتماعية ، فهى من العلوم الاجتماعية بمنزلة معمل تجارب حقيق . وأهمية الطريقة التاريخية فى دراسة القانون أمر مسلم من الجميع . ويكفى فى هذا أن نقول إن العلم الحديث فى القانون إنما ظهر بفضل المدرسة التاريخية التى أنشأها سافينى فى منتصف القرن الماضى ، والتى استطاعت ، بفضل ماقامت به من أبحاث فى ماضى القانون ، أن تعطى نتائج ضخمة واسعة المدى وخاصة فى دراسة القانون الرومانى .

وتبدو أهمية الدراسة التاريخية للقانون فيما يلى :

(ا) أنها تساعد على بيان قابلية القانون للتطور فتثبت استحالة اعتبار نظام قانونى معين أمراً جامداً ، صلداً ، لايقبل التغيير .

(ب) أنها تلقى الضوء على نظم القانون الحالى التى يغلب أن تكون مستمدة — بطريق مباشر أو غير مباشر — من قانون القرون الغابرة .

بل إن الإلمام بالماضى الحديث يمكن للفقيه أن يكون فكرة عما كان عليه الأمر فى الماضى البعيد وعما سيكون عليه الأمر فى المستقبل القريب . والفقيه فى هذا الصدد كالجيولوجى : فكما يستطيع الجيولوجى من خلال دراسته طبقات الأرض والحفريات أن يدرك مدى التغييرات التى أصابت الكرة الأرضية ، فكذلك الفقيه يتيح له علمه بالماضى القريب جداً أن

يكون فكرة عن النظم القانونية البعيدة جداً . وكما يتسنى للجيولوجى ، على فرض استمرار فعل القوى التى قامت بعملها فى الماضى إستمراراً متواصلا لا انقطاع فيه ، أن يتكهن بما يمكن أن يحدث فى المستقبل من تغييرات فكذلك الفقيه يستطيع من خلال مشاهدته التطور المتصل فى مسألة معينة أن يتنبأ بما سيؤول إليه أمر تلك المسألة فى المستقبل القريب .

(ج) وهذا كما يفيد الفقيه الذى تتكون لديه بسبب دراسته التاريخية حصيلة غنية من الملاحظات والتأملات يفيد المشرع عند وضعه قواعد قانونية جديدة ، إذ يستطيع فى ضوء ما أفاده من الإلمام بماضى القانون أن يحدد السبيل الذى يسلكه حيال التشريع الجديد .

٦ — (٢) صلة القانون بالفلسفة : الفلسفة فى أصل معناها هى حب المعرفة . وهى لذلك لا ترضى عن جواب لا يصل إلى جوهر المسألة أو إلى سببها البعيد . ولذلك أيضاً كانت الفلسفة رمزاً للمجهود الذهنى المستمر للتعرف على جذور المسائل . وهى بهذا المعنى تحقق أعلى درجة يمكن أن تصل إليها خاصية لصيقة بكل علم ، وهى عدم الرضاء عن النتائج ، ومواصلة البحث الدقيق عن أسس أوضح ، لا لغاية سوى التأمل البحت .

وكما أن لكل علم فلسفته فكذلك القانون له فلسفته . وليست فلسفة القانون نوعاً من النظم القانونية ، لا ، بل هى الفلسفة التى تستهدف حقيقة معينة ، وهى « الحقيقة القانونية » . إن القانون حقيقة عالمية ، توجد فى كل مكان ، فأينما يوجد الإنسان يوجد القانون باعتباره مظهراً للحياة ودليلا على العيش فى جماعة .

وإذ كان القانون حقيقة عالمية لزم لهذا السبب بالذات أن يكون حرياً

بالبحث الفلسفى ، فالفسلفة لايجوز أن تعنى إلا بما له معنى عالمى . ولهذا السبب وجدت فلسفة الحياة ، وفلسفة القانون ، وفلسفة التاريخ ، وفلسفة الفن . والكلام فى الحياة البشرية هو أيضاً كلام فى القانون ، ومن هنا تتضح أسباب وجود فلسفة القانون . وتستجيب فلسفة القانون لضرورة مواجهة المسألة القانونية فى جذورها ، دون نظر إلى الحاجات العملية .

وثمة فرق بين الفقيه الفيلسوف ، فالأول يبنى حكمه على مقدمات يستمدها من التشريع والمجموعات القانونية ، أما الفيلسوف فيأخذ مايعتبره الفقيه جواباً على مسألة معينة ويحوله إلى سؤال . وعندما يستند المحامى إلى نص فى القانون بخصوص مسألة معينة فله أن يطمئن إلى ذلك مادام أنه يعتمد على حكم القانون . كذلك القاضى الذى يصدر حكماً ويقيمه على النصوص القانونية يستيقن أنه يؤدى مهمته العلمية والإنسانية لأنه كون اقتناعه من أمور أو قوانين يجب اعتبارها ملزمة .

أما فيلسوف القانون فيقلب كل هذه البدايات إلى مسائل إذ هو يطرح الأسئلة الآتية : لماذا يتعين على القاضى أن يستند إلى نصوص القانون ؟ وما الأسباب المنطقية والأخلاقية التى تقعد بالقاضى عن أن يشق عصا الطاعة على القانون فينشىء من عند نفسه حلا للنزاع الذى رفع إليه متى اقتنع بعدم عدالة القانون فى هذا الخصوص أو بعدم ملاءمته أو بعدم جدواه ؟ لماذا يلزم القانون ؟ وكيف يلزم ؟ وما الحدود المنطقية للإلزام القانونى ؟ ومن هنا كانت مهمة فلسفة القانون هى مناقشة التجربة القانونية للوقوف على أسبابها البعيدة . فأى شىء يحكم الحياة القانونية ؟ وما الأسس التى يقوم عليها القانون ؟ أيوجد فوق القانون ، فى صورته الملموسة ، من تشريع وعرف ، قانون مطلق ، عالمى ، أبدى ؟ تلك أسئلة توسع مجال التأمل أمام فلسفة القانون أو ماهو وراء القانون .

٧ — (٣) صلة القانون بالاقتصاد : ثمة صلة قوية بين القانون والاقتصاد ، إذ يؤثر كل منهما فى الآخر .

١ — فمن مظاهر تأثير الاقتصاد فى القانون : (ا) أن المصلحة التى تؤدى إلى إبرام العلاقات التعاقدية قد تكون اقتصادية وقد تكون أدبية . إلا أن الغالب أن تكون هذه المصلحة اقتصادية (ب) ثم إن النشاط الاقتصادى واتساعه فى ناحية معينة أدى إلى ظهور قواعد ونظم قانونية ، فازدياد أهمية التأمين ، والنقل اقتضى تنظيم هذه العقود . وتقسيم العمل ، الذى اتسع نطاقه فى الاقتصاد الحديث ، استلزم تخصيصاً قانونياً أكثر من ذى قبل : فإلى جوار الشريعة العامة وهى القانون المدنى وجد القانون التجارى البرى والبحرى ،والقانون الصناعى، والقانون المصرفى، والقانون الزراعى، والقانون الجماعى (الذى ينظر إلى الفرد باعتباره عضواً فى جماعة). (ﺟ) كذلك تؤثر الحياة الاقتصادية إلى حد كبير فى الأفكار القانونية الرئيسية ، فحلول الطابع الاشتراكى فى الاقتصاد محل الطابع الفردى أدى إلى تغيير دور الملكية فبعد أن كانت تصور تصويراً مطلقاً أصبحت ذات وظيفة اجتماعية ، وبعد أن كان للإرادة سلطانها الواسع انكمشت فى نطاق ضيق متواضع فكثرت القواعد الآمرة فى القانون الخاص بعد ندرتها فيه، وكذلك اتباع سياسة الاقتصاد الموجه أدى أيضاً إلى اتباع سياسة التوجيه التعاقدى ، وظهر فى القانون الخاص مايسمى بالعقد الموجه ، ومن مظاهره ضرورة الحصول على إذن من السلطة العامة قبل التعاقد .

٢ — ومن مظاهر تأثير القانون فى الاقتصاد تأثير المشرع فى التوزيع عندما يوجب رفع الأجور مستهدفا بذلك نقل قيمة من طبقة إلى طبقة أخرى . كذلك يؤثر نظام الملكية القانونى فى التنظيم الاقتصادى ، فحيث

تكون الملكية جماعية يكون التنظيم الاقتصادى اشتراكياً يبتغى اشباع حاجات الأفراد على أساس المساواة دون أن يعنى بالمصلحة الشخصية .

٣ — ولما كانت الصلة وثيقة بين القانون والاقتصاد كان لزاما من حيث السياسة التعليمية أن يدرس الاقتصاد مع القانون فى صعيد واحد هو كليات الحقوق وكان لزاما أيضاً من حيث السياسة التشريعية أن توضع القواعد القانونية وفق الاتجاه الاقتصادى السائد فى الدولة . ففى دولة ذات طابع اشتراكى يكون المنتظر من التشريع، لا أن يعكس صورة الاتجاهات الاشتراكية فحسب بل يؤثر أيضاً فى هذه الاتجاهات بحيث تمضى قدما فى سبيل التقدم الاجتماعى .

٨ — (٤) صلة القانون بعلم الاجتماع : علم الاجتماع هو ذلك العلم الذى يدرس الوقائع الاجتماعية من حيث أسبابها ونتائجها ويستخلص منها قوانين علمية فحواها أنه كلما توافرت شروط واحدة ترتبت نتائج واحدة .

وهناك صلة بين علم القانون وعلم الاجتماع مظهرها قيام علماء الاجتماع بأبحاث هامة فى القانون وتسليم علماء القانون أن الدراسة القانونية يجب أن تكملها دراسة فى علم الاجتماع ، تدرس فيها القاعدة القانونية لا فى قالبها المجرد باعتبارها مظهراً لإرادة الدولة، بل فى تطبيقها الفعلى باعتبارها ظاهرة اجتماعية لها أسبابها وآثارها . ومن هنا نشأ علم الاجتماع القانونى الذى يدرس الظواهر القانونية باعتبارها وقائع اجتماعية . وإن دراسة هذه الظواهر فى الجماعات القديمة تساعد على استخلاص قوانين عامة فى التطور.

أما دراستها فى الجماعات المعاصرة فيساعد على توجيه السياسة التشريعية . فظاهرة زيادة عدد السكان مثلا يمكن أن توجه المشرع إلى تنظيم النسل ، كذلك ظاهرة ازدياد نسبة الطلاق قد تهيب بالمشرع إلى الحد من استعمال هذا الحق .

٩ — (٥) صلة القانون بالسياسة : تختلف الصلة بين القانون والسياسة باختلاف المعنى الذى يعطى لكلمة السياسة : فى معنى أول يقصد بكلمة السياسة مجموعة العلاقات الواقعية وأوجه النشاط التى تتكون منه وتضطرد عليه الحياة والحكم فى شعب باعتباره مجموعة . وفى معنى ثان يقصد بهذه الكلمة مجموعة الغايات المشتركة التى يستهدفها شعب والوسائل التى يعدها ذلك الشعب للوصول إلى تلك الغايات .

وفى المعنى الأول لكلمة السياسة يبدو القانون على أنه شىء مستقر (نسبياً) بالقياس إلى احتمالية الوقائع السياسية وقابليتها للتغير ، فهو يفرض سلوكا معيناً حيال ما يمكن أن يكون فى الحياة السياسية من تحكم .

وفى المعنى الثانى لكلمة السياسة يشكل القانون وسيلة من أفضل الوسائل فى توجيه إرادة الأفراد ، أو وسيلة تتجه إلى المعاونة فى تحقيق الأغراض السياسية التى تنشدها الجماعة ، بإقامة نظام قانونى . وفى هذا المعنى نجد أن السياسة التشريعية تكيف القانون فتضع المعايير التى يجب اتباعها فى تنظيم الأمور التى أسندت إلى القانون .

ومع ذلك لا يزال هناك فرق بين القانون والسياسة : فى عالم السياسة تعمل قوى معينة كالرأى العام والمطالب الاقتصادية للأفراد والهيئات ، ومقتضيات العدل التى يجب تحقيقها . هذه القوى وغيرها تشكل عوامل تخطط سير الحوادث السياسية ، ومن هذا الوجه كان لها (أو يمكن أن يكون لها) تأثيرها الفعال . أما عالم القانون فتعمل فيه قوى أخرى هى القاعدة التى تفرض الواجبات وتمنح الحقوق .

١٠ — ويتصل بهذه المسألة الدور السياسى الذى يضطلع به الفقيه ، وهو من يدرس الناحية النظرية من القانون . أصحيح أنه يجب على الفقيه ألا يكون

بمعزل عن البيئة السياسية التي يعيش ويعمل فيها؟ الجواب على هذا السؤال يتوقف على الدور الذي يقوم به الفقيه: فلا يجوز أن يكون الفقيه بمنأى عن الوسط السياسي الذي يزاول عمله فيه إذا كان يقوم بدور المشرع وذلك عند ما يوكل إليه وضع تشريع جديد أو تعديل تشريع قائم، أعني عندما يقوم بعمل سياسي، فهذه حقيقة لاتحتاج إلى بيان، ذلك أن المشرع لايجوز له أن يخون واجبه فيشرع على نقيض ما يقتضيه الوعي الاجتماعي.

ولا كذلك القول عندما يزاول الفقيه عمله الآخر وهو شرح قانون قائم، وفقاً للروح الذي ألهم ذلك القانون، فعندئذ يكون عمله فنياً لاسياسياً. صحيح أنه يجوز له أن ينقد ذلك القانون. ولكن صحيح أيضاً ألا يجوز له أن يكون رجل سياسة: فبالنسبة اليه يعتبر القانون القائم أمراً واقعا ماله عنه محيص. أما النزول عند رأي آخر يقول إن الفقيه وهو يقوم بتفسير القانون وشرحه يجب أن يكون رجل سياسة. فينتهي إلى نتيجة ليس خطرها قليلا وهي أنه قد يتعين عليه أن يرفض تطبيق قاعدة معينة بحجة عدم ملاءمتها لوضع سياسي معين ويأخذ عندئذ بقول أنصار القانون الطبيعي وهو أن القانون لايكون قانونا إلا إذا كان عادلا. وهذا فيه مافيه من قلب مبدأ إلزامية القانون واستقراره

١١ — ولقد تعددت التسميات التي أطلقت على الدراسات الأولية التي يتلقاها طالب القانون في السنة الأولى والتي يقصد بها إعطاء الطالب منذ البداية فكرة سريعة عن مختلف النظريات القانونية. فهناك تسمية «أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون»(١)، وكذلك تسمية «مبادىء العلوم

---

(١) وقد استعمل هذه التسمية الدكتور السنهوري والدكتور أحمد حشمت أبو ستيت في كتابهما «أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون» ١٩٥٠؛ وكذلك الدكتور حسن كيرة في كتابه «أصول القانون» ١٩٥٠ — ١٩٦٠.

القانونية»(١) و« المدخل العلوم القانونية»(٢) والمدخل للقانون المدنى(٣) وسبب هذه التسمية الأخيرة أن القانون المدنى كان يعتبر نموذجا لسائر المواد القانونية ، وكان مجال تطبيقه أكثر من مجال غيره منذ قرن خلا . أما الآن فقد انكمش مجاله بسبب اتساع نظم قانونية أخرى كالقانون الإدارى وقانون العمل(٤) . وهناك أيضا تسمية « المدخل للقانون الخاص»(٥) ويبررها عند القائلين بها أن مبادىء القانون الخاص هى أساس الدراسات القانونية(٦) . وهناك من استعمل تسمية « مقدمة فى دراسة القانون»(٧) ومقدمة العلوم القانونية(٨) . هذا بالإضافة إلى تسميات أخرى

---

(١) هذه تسمية أطلقها الدكتور محمد على عرفه فى كتابه « مبادىء العلوم القانونية » .

(٢) قال هذه التسمية الدكتور سليمان مرقس فى كتابه « المدخل للعلوم القانونية » ١٩٥٢ ؛ والدكتور توفيق حسن فرج فى كتابه « المدخل للعلوم القانونية فى نظرية القانون ١٩٦٠ وفى نظرية الحق ١٩٦٠ ؛ وكذلك الدكتور منصور مصطفى منصور فى كتابه « المدخل للعلوم القانونية » ؛ الدكتور عبد المنعم البدراوى ، « المدخل للعلوم القانونية » ١٩٥٨ .

(٣) ومن هذا القبيل فى فرنسا كابيتان فى كتابه Introduction à l'étude du droit civil ، وفى إيطاليا باراسى فى كتابه Instituzioni di diritto civile ، وبارتولوميو دوسى فى كتاب من جزءين بنفس العنوان السابق ؛ وكذلك ماريو ألارا فى كتابه Le nozioni fondamentali di diritto civile

(٤) كاربونييه ، القانون المدنى ، ١ ، ١٩٦٢ ص ١ .

(٥) وهذه هى التسمية الغالبة فى الفقه الإيطالى حيث نجد عديداً من الكتب القانونية بعنوان Istituzioni di diritto privato ونذكر على سبيل المثال كتاب ماريو روتوندى ١٩٣٨ وكتاب أودلفو رافا ١٩٣٨ وكتاب روجيرو — ماروى وهذا يقع فى مجلدين ، وكتاب جورجيودى سيمو ١٩٤٨ وكتاب باربيرو دومينكو ١٩٥٠ .

(٦) رافا ، المرجع السابق ص ٥ .

(٧) مثال ذلك إيطاليا كارنولوتى فى كتابه Introduzione allo studio del diritto وفى فرنسا دى لاجريساى ولابورد لاكوست فى كتابهما Introduction générale à l'étude de droit

(٨) استعملها فى فرنسا جاستون ماى فى كتابه Introduction à la science du droit وفى إيطاليا دى فالكو فى كتابه Introduzione alle scienze giuridiche وفى ألمانيا راد بروخ فى كتابه Einführung in die Rechtçissenschaft

مثل « النظرية العامة فى القانون »(١) أو « نظرية القانون »(٢) أو القاعدة القانونية »(٣) أو « نظرية القاعدة القانونية(٤) » .

١٢ — خطة الدراسة: الذى يلاحظ أن خطة البحث ليست واحدة فى جميع هذه التسميات. على أن الخطة التى يتبعها الشراح المصريون فى هذا الصدد وبعض من الشراح الفرنسيين والايطاليين تقوم على تقسيم الكلام فى هذه الدراسة إلى قسمين : قسم يتكلمون فيه عن القانون وقسم آخر يتكلمون فيه عن الحق . وقد يسوغ هذه الطريقة أن كلمة Droit لها فى اللغة الفرنسية معنيان مختلفان: فهى فى معنى أول تدل على قاعدة السلوك التى يخضع لها الفرد ويمكن حمله على مراعاتها بطريق الإجبار الخارجى والمادى ، وهذا هو القانون ، وفى معنى ثان تدل كلمة Droit على السلطة التى يعطيها القانون للشخص والتى ترخص له فى أن يقوم بأعمال معينة ، وهذا هو الحق . وللتمييز بين المعنيين تضاف إلى كلمة Droit صفة objectif للدلالة على أن المقصود بهذه الكلمة هو القانون ، فى حين تضاف إلى الكلمة حينها صفة subjectif للدلالة على أن المقصود بها هو الحق . لهذا ساغ عند دراسة مدلول مطلق

---

(١) أطلق هذه التسمية فى الفقه الأجنبى :

Dabin, *Théorie générale du droit,* Bruxelles 1944.
Roubier, *Théorie générale du droit,* 1947.
Du Pasquier, *Introduction à la théorie générale et à la philosophie du droit.*
Carnelutti, *Teoria generale del diritto, Roma* 1946.

وفى مصر استعمل هذه التسمية دكتور شمس الدين الوكيل فى كتابه النظرية العامة القانون ، الإسكندرية ١٩٦٤ .

(٢) دكتور محمد على إمام فى كتابه محاضرات فى نظرية القانون ١٩٥٤ ؛ دكتور عبد الفتاح عبد الباقى ، فى كتابه نظرية القانون ١٩٥٧ .

(٣) استعمل هذه التسمية فى الفقه الأجنبى Jean Darbellay, *La règle juridique* 1945.

(٤) Bobbio, *Teoria della norma giuridice Torino* 1958.

وفى مصر استعملها دكتور محمود جمال الدين زكى ، دروس فى نظرية القاعدة الثانية ١٩١٩٥٥ ؛ دكتور محمد سامى مدكور ؛ نظرية القاعدة القانونية ١٩٥٨ .

كلمة Droit أن تدرس بمعنيها السابقين ، أى تارة بمعنى القانون وأخرى بمعنى الحق .

أما فى اللغة العربية فيوجد لفظان مختلفان يؤدى كل منهما معنى خاصا، وهما القانون والحق (١) ومع ذلك اضطردت عادة الفقهاء المصريين على دراسة القانون والحق وهم بصدد تدريس القانون لطلبة السنة الاولى . ويبررون ذلك بما بين القانون والحق من صلة وثيقة ، إذ الحق سلطة يقررها القانون للشخص أو أن الحق لايوجد إلا اذا قرره القانون(٢) .

---

(١) ويلاحظ أن عبارة Faculté de droit تقابلها فى اللغة العربية عبارة كلية الحقوق . فإن كانت العبارة العربية هى ترجمة العبارة الفرنسية يكون من أطلق التسمية العربية قد حمل معنى كلمة Droit على أحد المعنيين وهو الحق بدلا من حملها على المعنى الآخر وهو القانون وذلك لعدم وجود لفظ فى اللغة العربية يتضمن المعنين المختلفين اللذين تتضمنها كلمة Droit فى اللغة الفرنسية .

ولكن يلاحظ من ناحية أخرى أن الفقه فى سورية يستعمل كلمة الحق فى معنى ما يسميه الفقه عندنا بالقانون ، ولهذ يقولون « الحقوق المدنية » ويقصدون بهذا ما يسميه الفقه عندنا « القوانين المدنية » .

(أنظر فى هذا الاستعمال عدنان القوتلى فى كتابه الوجيز فى الحقوق المدنية ، الجزء الأول ١٩٦٠ ص ٤١ وما بعدها) ، ويقولون « التصرف الحقوقى » وهو ما يسميه الفقه عندنا التصرف القانونى . وبهذا يكون لكلمة الحق عند بعض الفقهاء السوريين معنيان مختلفان ، فالحق يستعمل تارة بمعنى القانون وتارة يستعمل بمعنى الحق ، أى أن الغموض الذى وجد فى الفقه الأجنبى حول المقصود من كلمة droit والذى اضطر الفقه الأجنبى أن يضيف تارة صفة objectif لبيان أن المقصود هو القانون وصفة subjectif لبيان أن المقصود هو الحق ، أوجده الفقه السورى فى اللغة العربية دون أن يوجد ما يزيل هذا الغموض على نحو ما فعل الفقهاء الأجانب . ولقد كان الفقهاء السوريون فى غنى عن هذا باستعمال كلمة قانون وكلمة حق كل فى المكان المناسب .

(٢) دى لاجريساى ولابورد لاكوست ص ٣ رقم ٤ ؛ دى باسكييه ، المرجع السابق ص٢١ رقم ١٤ ؛ دابان ، الحق الشخصى ١٩٥٢ ص ٢ ؛ مارتى ورينو ، القانون المدنى رقم ٦ ص ١٣ وما بعدها ؛ روجيرو وماروى ، ١ ص ٤ ؛ دى سيمو ، المرجع السابق رقم ٧ ص ١٠ ؛ ترابوكى ، نظم القانون الخاص ١٩٦٠ رقم٣ ص٧ ؛ أحمد سلامة ، المدخل لدراسة =

والتسمية التي اخترناها لهذه الدراسة الأولية هي المدخل لدراسة العلوم القانونية . وتشمل هذه الدراسة ، جرياً على ما هو متبع في الفقه المصري ، دراسة القانون (في كتاب أول) ودراسة الحق (في كتاب ثان) .

= القانون ١٩٦٣ ص ٧ ؛ شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق رقم ٣ ص ٧ و ٨ حيث يقول « القاعدة القانونية هي التي ترسم إطار الحق والواجب في الجماعة ومن أجل هذا تأتي دراسة الحق في أعقاب دراسة القانون ويشكل الاثنان معاً دراسة النظرية العامة للقانون » .

ومع ذلك فإن بعض الفقهاء الأجانب الذين كتبوا في النظرية العامة للقانون لم يكتبوا تحت هذا العنوان إلا في القانون فقط دون الحق (مثل دابان وروبييه) .

الكتاب الأول

نظرية القانون*

Théorie du droit objectif

---

* المراجع : أحمد سلامة ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٦٣ ؛ توفيق حسن فرج ، مذكرات فى المدخل للعلوم القانونية ، الكتاب الأول فى نظرية القانون ١٩٦٠ ؛ حسن كيرة ، أصول القانون ، الطبعة الثانية ١٩٦٠ ؛ سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، القسم الأول ، القانون الطبعة الثالثة ١٩٥٧ ؛ عبد الرزاق السنهورى وأحمد حشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون ١٩٥٢ ؛ عبد المنعم البدراوى ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٥٨ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ، نظرية القانون ١٩٥٩ ؛ محمد سامى مدكور ، نظرية القاعدة القانونية ١٩٥٨ ؛ محمد على إمام ، محاضرات فى نظرية القانون ١٩٥٤ ؛ محمد على عرفه ، مبادىء العلوم القانونية ، الطبعة الثالثة ١٩٥٦ ؛ محمد كامل مرسى ، شرح القانون المدنى الجديد ، الباب التمهيدى ١٩٥٤ ؛ محمود جمال الدين زكى ، دروس فى القاعدة القانونية ١٩٥٤ ؛ منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، الجزء الأول ، نظرية القانون ١٩٦٣ .

١٣ — تدرس فى هذا الكتاب المواضيع الآتية :

١ — فكرة القانون .

٢ — القانون باعتباره مجموعة تكاليف .

٣ — تقسيمات القانون .

٤ — مصادر القانون .

٥ — تطبيق القانون :

٦ — النطاق الزمنى للقواعد القانونية

الفصل الأول

فكرة القانون

يشمل هذا الفصل عدة مباحث ، أولها الكلام فى النظام القانونى

المبحث الأول

النظام القانونى

١٤ — القانون والجماعة : ترتبط فكرة القانون ارتباطاً وثيقاً بفكرة الجماعة سواء لأن النظام القانونى يفترض وجود جماعة أياً كان حجمها ، يعمل فى داخلها أو لأن النظام القانونى قد قصد به فيما قصد المحافظة على الجماعة البشرية والتقدم بها . ومنذ فجر التاريخ عاش الناس مجتمعين بعضهم مع بعض ابتغاء تحقيق غايات مشتركة . ولقد أدى هذا إلى نشوء علاقات فيما بينهم ، علاقات أسرة وعلاقات مبادلات مالية وعلاقات سياسية جعلت منها جماعة مدنية أو سياسية تحكمها الدولة .

ولقد كانت هذه العلاقات فى أول أمرها بسيطة وأولية . فلما تقدمت المدنية تشعبت هذه العلاقات واتسعت . إلا أنه كان يصاحب هذه العلاقات من أول الأمر مجموعة من القواعد تنظم نشاط الأفراد حتى لايجور بعضهم على بعض وحتى تتهيأ الظروف للتعايش السلمى فى تلك الحياة المشتركة . تلك القواعد المنظمة للحياة فى الجماعة هى ما يسمى بالقانون فى صورته البدائية .

وليس يهم كيف سيطرت هذه القواعد على شعور الناس ، فسواء اعتبرت آتية من لدن إرادة إلهية تأدت إلى الناس عن طريق الرسل ، أم

كانت قواعد فرضها فاتح بالقوة أو فئة من الأقوياء فى داخل الجماعة ، أم كانت مظهراً للإرادة العامة كما فى الدساتير الحديثة ، ففى جميع الحالات كانت توجد إرادة عليا تأمر الناس وتقتضيهم إطاعة ما أمروا به .

١٥ — القانون والجماعة إذن لفظان متلازمان . فالقانون ثمرة المجتمع ينشأ تلقائياً من معيشة الناس بعضهم مع بعض ، فحيث توجد الجماعة يوجد القانون ubi societas ibi jus فاذا تصورنا مكاناً لايوجد فيه إلا شخص واحد فلا يكون ثمة قانون . فالقانون يفترض وجود واجبات وحيث لا يكون إلا شخص واحد لايكون ثمة واجبات ولا يتصور مخالفة واجبات غير موجودة .

القانون إذن ضرورى دائماً للجماعة أياً كان المذهب الذى يتبع فى تأسيس القانون . ففى كل جماعة لابد لإمكان التعايش السلمى أن توجد قواعد تبين ما يجوز فعله وما لايجوز ، وتحدد مايجب فعله وما يجب ألا يفعل . فلا توجد جماعة بلا قانون ، ومن هنا كان القانون عنصراً جوهرياً فى حياة الجماعة . وهذا هو معنى قاعدة أنه « حيث توجد الجماعة يوجد القانون » ، فلا يتصور جماعة لايكون فيها نظام قانونى . وإن جماعة بلا قانون تعتبر حالة من حالات الوحشية يسودها الصراع والهمجية ويكون مآلها الحتمى هو الفناء .

بل إنه صحيح أيضاً ، من باب إظهار التلازم بين الجماعة والقانون أن يقال إنه حيث يوجد القانون توجد الجماعة ubi jus ibi societas إما على معنى أن النظام القانونى مقصور على الجماعة أو على معنى أن القانون ثمرة الجماعة .

١٦ — القانون شكل وموضوع : يتناول القانون بصفة أساسية تنظيم

العلاقات وتكوينها . ولهذا كان القانون « شكلا » بمعنى أنه يحول المادةالتى يتناولها بالتنظيم إلى أوامر أو نواهى (فيفرض سلوكا معينا هو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل) . غير أن قولنا أن القانون « شكل » ، لايعنى البتة أنه شكل غير ذى موضوع . هو شكل ذو مضمون وإلا كان لغواً لايمثل أى حقيقة ، القانون إذن « موضوع » قابل للتغيير أعطى « شكلا » ثابتاً . فالشكل والموضوع عنصران فى القانون متلازمان ومتكاملان .

وتطبيقاً لما تقدم نقول : إن علاقات الحياة الجماعية منها ما هو ذوطابع سياسى أو اقتصادى أو أخلاقى . ويكون الدافع على نشوء هذه العلاقات هى الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية السائدة فى جماعة معينة ، أو المبادىء الخلقية (إذا كانت العلاقة ذات طابع أخلاقى) ، وبصفة أعم يكون الدافع على تكوين هذه العلاقات هو نوع المدنية أو درجة المدنية التى بلغتها الجماعة التى تكونت فيها هذه العلاقات ، وكذلك الأهداف العامة الاجتماعية والسياسية والأخلاقية التى تنشدها الجماعة . وما دامت هذه العلاقات لم يتناولها القانون ، فلم يتعلق بها أمر أو نهى ، فانها تظل خارج نطاق القانون أى لايكون لها طابع قانونى (ومن هنا كان الطابع التاريخى للقانون) ومن ثم يكون للأفراد أن يتصرفوا فى هذه العلاقات حسبما يشاؤون دون أن يعدوا فى ذلك مخالفين لأى قاعدة قانونية . ثم تصير هذه العلاقات الإنسانية علاقات قانونية عندما يفرض القانون بشأنها اتباع مسلك معين يستمده من المقتضيات الخاصة بكل علاقة ، فيفرض واجبات وينشىء حقوقا أو مراكز قانونية (وهذا هو طابع القانونية) .

والقانون — إذ يحول إلى علاقات قانونية علاقات جماعية دعا إلى نشوئها نوع معين من المدنية أو درجة معينة من المدنية يعد دليلاعلى ما بلغته المدنية فى جماعة معينة . ولا يعنى هذا أن قانونا لايزال فى أولى مراحل

تكوينه لايعتبر قانوناً . هو قانون ولكنه من الناحية الفنية يعد قانوناً بدائياً .

ومن هنا يكون النظام القانونى بالضرورة انعكاساً للحياة الجماعية التى تكيف القانون عن طريق السياسة التشريعية (وهذا هو مظهر اتصال القانون بعلم الاجتماع) . وفى هذا المعنى يظهر بوضوح مدى قابلية القانون للأخذ بما تأتى به الأفكار الجديدة .

والعلاقة الاجتماعية التى يتولاها القانون بالتنظيم تسمى « علاقة قانونية » وعكس العلاقة القانونية « العلاقة قبل القانونية » وهى كل علاقة تصلح احتمالا لأن تصير قانونية وإن لم تصبح بعد كذلك . فعلاقة التناسل غير الشرعى قبل أن يرتب عليها القانون أثراً قانونياً يمكن أن تسمى علاقة « قبل القانونية » .

حاصل هذا أن القانون هو فى جوهره ظاهرة إجتماعية ، ظاهرة طبيعية[1] أو تلقائية تنشأ من ضرورة ملازمة للجماعة البشرية . فلا يجوز اعتباره واقعة تحكمية .

١٧ — على أنه يجب ألا تحسب أن القواعد القانونية هى وحدها التى تنظم حياة الأفراد فى الجماعة . فهناك قواعد أخرى تعاون القواعد القانونية فى توجيه مسلك الأفراد ، كقواعد الأخلاق والقواعد الدينية والعادات

---

(١) على أن اعتبار القانون ظاهرة طبيعية أو ضرورية يقتضى معاملته معاملة العلوم الطبيعية أو دراسته على نحو ما تدرس به هذا العلوم (التى يحكمها مبدأ السببية الميكانيكية ومبدأ الضرورة) . فالقانون لا يعدو أن يكون حقيقة معنوية ، ينشأ من النفس الإنسانية ومن هنا كان ذا طابع إنسانى فوجب على هذا الاعتبار أن يكون الحكم فيه خالصاً للقواعد المعنوية (أو التاريخية) وأن لا يدرس إلا بالطريقة التى توائم هذه القواعد . أما نقل قواعد العالم الطبيعى إلى العالم القانونى فليس إلا من قبيل إحلال الاستعارة البيانية محل الحقيقة .

الاجتماعية الحسنة . ولا شك فى أنه بدون هذه القواعد المعاونة تصير وظيفة القانون صعبة التحقيق . وليس الخوف من الجزاء هو وحده الذى يحرك النفس البشرية ، فهناك أيضاً الإحساس بالواجب ، والاقتداء بالمثل الصالح وتأثير الضمير العام ، والعقيدة الدينية . كل هذا وغيره يدفع بالفرد إلى احترام القواعد القانونية . وتكون تلك القوى الأدبية الاجتماعية فى الأحوال العادية هى المحرك لنشاطنا ، أما الجزاءات القانونية فإنها تطبق فقط عندما تبدو هذه القوى الأدبية غير كافية ، أى فى الحالة المرضية التى تنتاب الحياة القانونية ، وما الخطأ إلا مظهراً لتلك الحالة المرضية .

كل هذه القواعد المختلفة كانت فى أول الأمر مختلطة بعضها فى بعض . وفقط عندما تقدمت المدنية انفصلت هذه القواعد بعضها عن بعض فظهرت القواعد القانونية على أنها مجموعة القواعد التى تنظم الحياة الاجتماعية فى مظاهرها الخارجية .

١٨ — والقانون ليس غاية فى ذاته وإنما هو وسيلة لغاية هى حماية مصلحة الجماعة سواء فى ذلك المصالح المادية والمصالح الأدبية .

ويبتغى النظام القانونى هدفين : أحدهما داخلى والآخر خارجى : فهو من ناحية يتولى تنظيم تكوين الدولة ، أى أعضاءها والسلطات التى تباشر بها نشاطها العام ، والعلاقات التى تنشأ بين السلطات المختلفة ، وبعبارة أعم هو ينظم تكوين الأداة الحكومية وسير هذه الأداة . وهو من ناحية أخرى ينظم مسلك الأفراد الخارجى فى علاقاتهم بعض ببعض ، أو فى علاقاتهم مع الجماعة التى يعتبرون جزءاً منها . من هذين الوجهين يتكون مضمون القانون . ويظهر الوجه الأول فى نطاق القانون العام والثانى فى نطاق القانون الخاص ، أى أن القواعد القانونية هى قواعد تنظيم فى الداخل وقواعد تنظيم فى الخارج .

ومن ثم يمكن تعريف القانون بأنه مجموعة القواعد التى فرضتها السلطة العامة لتنظم بها الدولة ومسلك الأفراد الخارجى ابتغاء المحافظة على حياة الجماعة والتقدم بها .

المبحث الثانى

خواص القانون

يخلص من التعريف السابق الخواص التى تتوافر فى القانون نجملها فيما يلى :

١٩ — (١) فهو أولا مجموعة من القواعد تحكم عمل الأفراد ، تفرض عليهم فرضاً وتقتضيهم الطاعة . فالقانون لا ينصح أو يفتى ، وإنما يأمر أو ينهى . وهو يستمد أو ينبعث من سلطة تأمر . صحيح أن لغة الأمر أو النهى فى القانون ليست بالشدة التى كانت عليها فى الشرائع القديمة كقانون الألواح الإثنى عشر والقانون البريتورى الرومانى ، بل تأخذ طابعاً منطقياً أو تعليمياً ، إلا أن هذا لايغير من كون القانون أوامر أو نواهى تصدر من السلطة ، فهو مظهر إرادة الدولة التى تأمر أو تنهى ويتعين على الفرد أن يطيع .

٢٠ — (٢) ثم هو ينظم مسلك الأفراد الخارجى . ولا يعنى هذا أن القانون لايعول على الدوافع النفسية عند الأفراد ، إذ هو يقدر أفعال الناس وفقاً لإرادتهم ونواياهم . فلا مراء فى أنه عند الحكم على القيمة القانونية لأفعال الفرد تكون الناحية الداخلية لهذه الأفعال ذات أهمية خاصة ، أى أن القانون يعتد بالإرادة وبالنوايا التى أدت إلى هذه الأفعال . فالنتائج القانونية التى تترتب على فعل ما تختلف بحسب ما إذا كان هذا الفعل قد وقع بحسن نية أو بسوء نية . وفى الناحية الجنائية يختلف أثر الفعل الذى اقترن

يسبق الإصرار عن الفعل الذى لم يسبقه إصرار . وعلى ذلك يكون معنى أن القانون لايعتد إلا بالسلوك الخارجى أن القانون لايدخل فى اعتباره الدوافع النفسية فى ذاتها ، التى تظل كامنة فى ضمير الشخص ولا تظهر إلى الحيز الخارجى . فالشعور والرغبة والعقيدة العلمية والأمانى والميل الدينى ، كل ذلك يظل خارج نطاق القانون .

ثمة إذن منطقة داخلية فى الشخص ، هى فكره وشعوره ، وهذه لا ينفذ إليها القانون . وهذا هو ما تقتضيه العدالة ، بل هو مقتضى طبيعة وظيفة القانون من حيث إنه ينظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، فيزيل تعارض المصالح وتصادم نشاط بعضهم بنشاط بعض . وما دام الفرد فى نطاق حياته الداخلية لا يتصور تعارض مصالح أو تصادم نشاط . لهذا لا يجوز للقانون أن يفرض مشاعر أو آراء فيجعل من الحب أو الميل أو العقيدة محلا لأوامره ونواهيه . وإن قواعد يكون لها مثل هذا المضمون تكون غير ذات قيمة قانونية .

وإذ ينظم القانون العلاقات الخارجية بين الأفراد لا يخضع لحكمه صلة الشخص بنفسه ولا صلته بربه ولا بالأشياء الموجودة فى الطبيعة . فهـذا مجال لا ينتمى إلى القانون .

١٢ — (٣) الخاصية الثالثة للقانون هى أنه يجب أن يكون مزوداً بالقوة التى تفرض احترامه وتوجب إطاعته . ذلك أن القانون وجد لمنع وقوع الخطأفيجب أن تكون لديه الوسائل التى تكفل له ذلك . وإن قانونا لايمكن حمل الناس على احترامه بالقوة لا يعد قانونا إلا من حيث الظاهر فقط ، هو — كما يقول ايهرنج — نار لاتحرق ونور لايضىء .

على أن القول إن القانون يجب أن يكون مزوداً بالقوة التى تكفل

مراعاته لا يقصد به أن تنفيذ القانون يكون دائماً بالقوة ، بل المقصود أن يكون من الممكن استعمال القوة عند وقوع اعتداء على القانون . فالأفراد يتحاشون مخالفة القانون من تلقاء أنفسهم لأسباب خلقية أو لوازع من ضمائرهم . أما القوة التي تكفل مراعاة القانون فهي الحل الأخير الذي لا يلجأ إليه إلا عند مخالفة القانون والخروج على أحكامه . وهذه ليست الظاهرة العادية في الحياة القانونية .

ومع ذلك لا تجوز المبالغة في ذلك الوازع النفسي عند الأفراد . فاحترام الفرد للقانون من تلقاء نفسه وحباً في إطاعته لا يعدو أن يكون أمنية محمودة . والحقيقة هي أن إطاعة القانون لا تكون حباً فيه بقدر ما تكون خوفاً منه ، فما يكاد يزول ذلك الخوف من القانون حتى يزول احترامه . الدليل على ذلك أنه لو زال التنظيم القهري في الجماعة أو تعطل على أثر كارثة أو حادثة غير عادية فعندئذ تعم الفوضى وينتشر الاضطراب. إن جماعة لا تتكفل القوة فيها بإرساء القانون هي جماعة لا وجود لها في العالم الأرضي . من أجل هذا كان من الضروري أن يوجد جهاز قوة في الدولة تكون لديه وسائل حمل الأفراد على احترام القانون ومنعهم من مخالفته .

٣٢ — والوسيلة التي تكفل احترام القانون هي الجزاء . والجزاء تهديد ، صريح أو ضمني ، لا يلبث أن يتحقق عند مخالفة القاعدة القانونية . ذلك أن القواعد القانونية ليست توصيات أو اقتراحات وإنما هي تكاليف فرضت ليعمل الناس بأوامرها وينتهوا بنواهيها . هي إذن تكاليف زودت بجزاء .

ويعمل الجزاء في إحدى حالتين : إما عند مخالفة قاعدة توجب اتباع مسلك معين لمصلحة الجماعة ، وإما عند الاعتداء على حق يحميه القانون .

الاعتداء فى الحالة الأولى يصيب النظام القانونى ، أما فى الحالة الثانية فلا يصيب النظام القانونى بقـــدر مايصيب المصلحة الخاصة . وفى الحالتين يستهدف الجزاء غرضين مختلفين : فهو فى الحالة الأولى يستهدف حماية النظام القانونى الذى خولف ، أما فى الحالة الثانية فيستهدف إصلاح الحق الذى وقع الاعتداء عليه .

وقد يكون الجزاء مادياً يقع على شخص المخالف وذلك لحمله على احترام القانون عند إمكان ذلك ،أو لإيقاع العقاب عليه بقصد صيانة حرمة القانون ولردع من تسول لهم مخالفته . ويصدق هذا فى مجال القانون الجنائى عندما تفرض القاعدة عقوبة مقيدة للحرية الشخصية أو أشد من ذلك كعقوبة الإعدام . إلا أن هذا لا يصدق فى مواد أخرى من القانون حيث لاينصب الجزاء على شخص المخالف بل على ذمته . ففى الالتزامات عندما يكون الالتزام بعمل (كما فى عقد العمل) يكون الجزاء المباشر والعينى مستحيلا ، إذ لايجوز إجبار الشخص على القيام بعمل . وعند ما يكون الالتزام بالامتناع عن عمل يكون الجزاء العينى بإعادة الحال إلى ماكانت عليه قبل وقوع المخالفة وذلك بإزالة ماعمله المدين خلافا لالتزامه ، وذلك إذا كانت الإزالة ممكنة . وإذا كان الالتزام بإعطاء فيكون الجزاء العينى بالحصول على الشىء عينه من المدين جبراً عنه . فإن كان التنفيذ العينى مستحيلا جاز التنفيذ بطريق التعويض . بل إنه فى القانون الجنائى نفسه حيث يكون الغالب هو الجزاء المادى الذى يقع على شخص المخالف يمكن أن يتخذ الجزاء صورة الإصلاح أو التعويض على حساب المخالف بل يمكن أن يتحقق الجزاء بصورتيه وذلك بإيقاع العقاب على المجرم جزاء مخالفته لأحكام القانون الجنائى وبالحكم عليه بالتعويض إذا ترتب على الجريمة حدوث ضرر للغير كما فى حالة الضرب أو السرقة أو القتل .

ويلاحظ كذلك أن القانون — فى سبيل كفالة الاحترام الواجب

له — غالباً ما يستعمل وسيلة غير مباشرة لا تنطوى على قهر فعلى ولا على إمكان استعمال القهر . وتتكون هذه الوسيلة من تعليق ترتب آثار معينة على انتهاج الشخص مسلكا يتفق مع ما يتطلبه القانون بحيث إذا لم يفعل ذلك لا تتحقق تلك الآثار . وهذا يعتبر جزاء (بالمعنى الواسع) ولكنه لا ينطوى على فكرة القهر المادى : بهذه الوسيلة يجعل القانون للشخص مصلحة فى احترام القاعدة ويحضه على هذا الاحترام . وقد تكون هذه الوسيلة أفعل من التهديد باستعمال القوة . تلك هى إحدى وسائل السياسة التشريعية التى يكثر استعمالها وهى حض الفرد على القيام بعمل معين بجعل مصلحته معلقة على قيامه بهذا العمل بحيث إذا لم يتم هذا العمل كان تصرفه باطلا لا يترتب عليه أثر .

حاصل القول هو أن الجزاء لا يتخذ دائماً صورة ثابتة : فقد يكون أذى يقع على شخص المخالف ، وقد يكون مجرد مسئولية مالية ، وقد يكون إبطالا لتصرف معين .

إلا أنه من المسلم أنه حيث يعمل الجزاء (عند وقوع المخالفة) فإنه لا يقتصر على مجرد السخط أو الاستهجان من جانب المجتمع بل يتكون من أمر يكون له طابع مادى يمس مال المخالف أو شخصه . على أن توقيع الجزاء عند مخالفة القانون لا يكون إلا من جانب السلطات التى نيط بها العمل على احترام القانون . فلا يجوز للفرد أن يقوم هو بتوقيع الجزاء لمصلحته إلا فى أحوال استثنائية لا يتحقق فيها تدخل الدولة وقت حصول الاعتداء على القانون ، إذ يجوز للفرد عندئذ أن يتكفل بالدفاع عن نفسه .

٢٣ — ولقد أثيرت اعتراضات من فريق من الفلاسفة بشأن اعتبار الجزاء عنصراً جوهرياً فى القانون ، نذكر منها ما يأتى :

(أ) فقيل إن القانون يعتمد قبل كل شىء على « الطاعة الاختيارية » ،

أى على الطاعة التى لا ترجع إلى خوف من سوء النتيجة التى تترتب على مخالفة القانون ، هو يعتمد على الرضاء أو الاقتناع أو مجرد العادة أو غير ذلك من الأسباب التى لا ترجع إلى إمكان إعمال الجزاء عند حصول المخالفة .

ولكن يرد على هذا الاعتراض أن الطاعة الاختيارية مع أهميتها ليست كافية وأن القانون يعتمد فى النهاية على الفاعلية التى تتحقق له بفضل الجزاء .

(ب) كذلك اعترض على لزوم الجزاء للقانون ، بأنه توجد فى كل قانون قواعد لا جزاء لها .

ولكن يرد على هذا الاعتراض أن اعتبار الجزاء المنظم هو المميز للقانون لا ينظر فيه إلى كل قاعدة على حدة بل إلى النظام القانونى باعتباره كلا ؛ بل إن من الشراح من يسلم بصحة هذا الاعتراض مؤكداً بذلك أن القاعدة لا تكون قانونية إلا إذا كانت مزودة بجزاء .

(ج) واعترض أيضاً على خاصية الجزاء بأن هناك قوانين بأكملها ليس لها جزاء ، ومثالها القانون الدولى العام : ففى علاقات الدول بعضها ببعض لا يوجد إلا مجرد أمانى نحو إنشاء نظام قانونى عن طريق تحميل كل دولة نفسها بواجبات تجاه الآخرين بمقتضى إتفاق أو عادة ولكن ضمان تنفيذ هذه الواجبات قاصر وغير كاف مادام أنه لم يتوصل إلى إيجاد تنظيم يكفل التنفيذ القهرى فيما بين الدول .

إلا أن أنصار الجزاء يقولون إن القانون الدولى العام له جزاؤه وهو الحرب والمعاملة بالمثل ، وأن الفرق بين القانون الدولى العام وقانون الدولة ليس فى عدم وجود جزاء فى الأول ووجوده فى الثانى بل الفرق فى اختلاف طريقة تنظيم الجزاء . فالجزاء فى القانون الدولى العام لا توقعه سلطة عليا

بل يوقعه المعتدى عليه نفسه ، أى أن القانون الدولى العام يعتمد على مبدأ الدفاع الذاتى فى حين أن القانون الذى تضعه الدولة يستند إلى مبدأ الدفاع الخارجى الذى تقوم به سلطة عليا . أما أن الدفاع الذاتى هو مظهر لجماعة أقل تنظيما من تلك التى يسودها مبدأ الدفاع الخارجى فلا يؤدى إلى فرق فى الموضوع بل فى الدرجة بين القانون الدولى العام والقانون الذى تضعه الدولة ، وهو فرق لم يجحده أحد . ثم إن هناك عناصر قهر أخرى غير طريق الدفاع الذاتى (وهو الحرب) ذات طابع سياسى كالضغط الذى يحدثه تحالف الدول ضد الدولة المعتدية والتهديد بقطع العلاقات الدبلوماسية . وهناك أيضاً وسائل ضغط ذات طابع اقتصادى (الحرب الاقتصادية) يمكن اتخاذها إزاء الدولة المعتدية . حقيقة أن الجزاء فى حالة القانون الدولى العام أقل فاعلية منه فى حالة القانون الذى تضعه الدولة إلا أنه على كل حال يعد جزاء قانونياً .

حاصل القول أن القابلية للتنفيذ القهرى (الجزاء) هى من الخواص الأساسية للقانون : غاية الأمر أن الجزاء تختلف درجاته من حيث مدى الفاعلية .

٢٤ — (٤) وثمة خاصية رابعة للقانون ، هى أن القانون من صنع الدولة[١] . هذه الخاصية منطقية ، ذلك أنه لما كانت مجموعة قواعد السلوك الخارجى التى يتكون منها القانون تستهدف المحافظة على حياة الجماعة والتقدم بها لزم من هذا أن تكون هذه القواعد من صنع الدولة . يترتب على هذه الخاصية أنه لا يجوز للأفراد ولا للجماعات الأخرى أن تعطى نفسها سلطة وضع تلك القواعد القانونية ، وإلا نشأ عن ذلك أخطار ومساوىء أخرى

---

(١) يثير الفلاسفة عادة مسألة ما إذا كانت الدولة هى التى تخلق القانون أم القانون هو الذى يخلق الدولة . ويرى بعض الفقهاء أن الدولة والقانون عنصران متكاملان لا ينفصل أحدهما عن الآخر وأن العلاقة بين الدولة والقانون فى صورته الأولى هى أنه لا القانون سابق على الدولة ولا الدولة سابقة على القانون فالدولة وجدت مع القانون ولا توجد إلا فى القانون .

جسيمة ، مع ما يترتب على ذلك من إضعاف سلطان الدولة و إيقاع التناقض فى القانون .

ولا يعترض هذه الخاصية أنه يوجد ما يسمى ظاهرة اللامركزية التشريعية ، ومقتضاها تخويل بعض الهيئات العامة إصدار قواعد قانونية فى اللوائح التى تصدرها ، ذلك أن هذا تفويض من جانب الدولة لهذه الهيئات ومن ثم يرتبط بإرادة الدولة ويؤكد سيطرتها .

كذلك لا يعترض هذه الخاصية أن العرف ، وهو يتضمن قواعد قانونية ويعتبر قانوناً غير مكتوب ، ليس من عمل الدولة ، بل ينبعث مباشرة وبصورة تلقائية من احترام الأفراد لهذه القواعد . ذلك أن العرف يعتبر قانوناً بمقتضى نصوص فى القانون المكتوب ذاته ، ويرجع دائماً إلى هذا القانون لمعرفة مدى فاعلية العرف .

٢٥ — واعتبار القانون من صنع الدولة يلزم منه أن تكون مدى فاعليته متوقفة على مدى سلطان الدولة . ولما كان سلطان الدولة مقصوراً فى الأصل على الأفراد الذين يقيمون داخل اقليمها فكذلك القانون . ففيما يجاوز حدود الإقليم الذى تهيمن عليه الدولة يهيمن قانون دولة أخرى . صحيح أن القوانين فى البلاد المتمدينة تتضمن مبادئ مشتركة تتلاقى وتتشابه فى مضمونها ، إلا أن كلا منها يعتبر من الناحية الشكلية قانوناً قائماً بذاته . ذلك أن القانون قوة ولا يجوز أن تغزو قوة مجال دولة أخرى .

وكون القانون من صنع الدولة لا يعنى أنه يكون متروكا لهوى المشرع وتحكمه . صحيح أنه يوجد دائماً بعض التحكم فى القواعد القانونية ولكن الأغلب الأعم هو أن القانون يكون من وحى الجماعة ، فالقانون يستهدف حماية المصالح البشرية وكفالة حياة الجماعة ، وهو لا يستطيع أن يقوم بهذه الوظيفة إلا إذا نزل عند مقتضى الحياة الاجتماعية ، فيضع من القوانين ما يكون أكثر استجابة لهذه المقتضيات . ومن هنا كان التطابق بين القانون

وحياة الأفراد ، وكان القانون هو الصورة التى تناسب الحياة أكثر ما يمكن. وما إرادة الدولة — القادرة على كل شىء من الناحية الشكلية — إلا استجابة لحاجات وعوامل متعددة ، اقتصادية وخلقية وسياسية تكون لها الغلبة على كل شىء .

والمشرع يأمر ، فى حدود واجبه ، بما يحقق مصلحة الجماعة . صحيح أنه لا يكون قانوناً إلا ما يريده المشرع ، لا كل الأمانى والميول التى تجول فى نفوس الأفراد. إلا أن هذه الأمانى والميول تحرك وتستحث انبثاق القانون وتمهد الطريق إلى قانون المستقبل . ويتولى المشرع هذه وتلك بالرعاية ، ويقوم بالعملية اختيار وتمحيص ، ويحد من التطرفات ويهتدى إلى الصيغة التى توازن بين المصالح المختلفة المتعارضة . ومن هنا كان القانون متطوراً بتطور الحياة الاجتماعية وتغير الأفكار والعادات والحاجات .

المبحث الثالث

خواص القاعدة القانونية

٢٦ — تتسم القاعدة القانونية بسمات ثلاث : العمومية والتجريد والتبادلية . ويثور التساؤل عادة بشأن خاصيتى العمومية والتجريد ، أهما لفظان مترادفان ، فيقال إن القاعدة القانونية تكون عامة أو مجردة أم أنهما لفظان يأخذ كل منهما معنى خاصاً به ، فيقال إن القاعدة القانونية تكون عامة وتكون مجردة . والذى نفضله هو الحل الثانى . فتكون خاصة العمومية متعلقة بالقاعدة القانونية فى مخاطبتها للأشخاص وتكون خاصة التجريد متعلقة بالقاعدة القانونية فى تنظيمها للأعمال .

٢٧ — (١) العمومية : معنى أن القاعدة القانونية يجب أن تكون عامة هو أنها تتوجه إلى المواطنين كافة أو إلى طائفة منهم . ذلك أن القانون

لا يوجه أوامر فردية لأشخاص معينين بذواتهم ، بل يستبعد الظروف والصفات الفردية والشخصية فى أوامره ونواهيه . وهذا يتفق مع أحد الأهداف الرئيسية التى يجب أن يحققها النظام القانونى ،وهو هدف المساواة. فلا يجوز أن يطبق القانون على فرد دون آخر عند تساوى الظروف ، بل يجب أن يكون القانون موضوعياً ، يسرى على جميع الناس أو على كل فرد تتوافر فيه صفات معينة يحددها القانون . وهذا لايتحقق إلا إذا توافر فى القاعدة القانونية صفة العمومية . ومن هنا كانت العمومية خاصية منطقية .

ويترتب على هذه الخاصية أن القاعدة إذا كانت فردية لا تعتبر قاعدة قانونية بالمعنى الدقيق . فلا يعتبر من قبيل القواعد القانونية الأوامر الفردية الموجهة لأشخاص معينين ،وإن اتخذت هذه الأوامر شكل القانون أو كانت استثناء من قوانين أخرى : فالأمر الذى يصدر بنزع ملكية عقار مملوك لشخص معين ، تحقيقاً للمصلحة العامة لايعتبر قانوناً، وكذلك القرار الذى يصدر بمنح أرملة شخص معين معاشاً استثنائياً نظراً لما أسداه ذلك الشخص من خدمات جليلة للوطن ، ولا القرار الذى يصدر بحل مؤسسة معينة ومصادرة أموالها بسبب أنها كانت تشكل خطراً على البلاد .. الخ . فى كل هذه الأحوال وأشباهها يتخذ الأمر شكل قانون ولكنه لا يعتبر من الناحية الموضوعية أو المادية قانوناً ، بل أمراً إدارياً بالمعنى الواسع ، أو عملا إدارياً عاماً فى شكل قانون .

إن الدولة تعبر عن إرادتها فى شكل قوانين : فتتصرف فى أموالها العقارية ، وتعقد القروض وتقر الميزانيات وتبرم المعاهدات وتعترف بالأشخاص المعنوية ، ويدخل فى هذا أيضاً سن القواعد القانونية. غير أن الصورة الخارجية التى تتخذها ارادة الدولة لا يجوز أن تكون معياراً يميز مضمون هذه الإرادة . ومن هنا كانت التفرقة بين القانون بمعناه الشكلى والقانون بمعناه المادى :

فالقانون فى معناه الشكلى يكون فى جوهره نشاطاً إدارياً (بالمعنى الواسع) يشمل كل الأعمال التى تزاولها الدولة ، سواء فى علاقاتها الداخلية والخارجية ، والتى لا تعتبر من قبيل وضع القواعد القانونية . ومن هنا افترق الأمر الادارى عن القاعدة القانونية: فالعمل الادارى يفترض تنظيما فردياً معيناً ، ذلك أن الادارة تعالج حالات فردية ، وتصدر أوامر فردية بناء على ظروف معينة وتقديراً لمصالح أشخاص معينين . أما القاعدة القانونية فتضع قواعد عامة يقصد بها أن تسرى على المواطنين كافة .

وعلى ذلك الأساس أيضاً تفترق القاعدة القانونية عن الحكم القضائى. فالحكم القضائى يتضمن أوامر فردية ، بالنسبة الى حالة معينة - ولكن سلطان إرادة الدولة ، التى ظهرت فى الحكم تقتصر على العلاقة التى صدر فيها الحكم .

إن الإدارة تتولى تحقيق مصالح معينة للدولة ، ويتكفل القضاء بتطبيق القانون ، ويضع المشرع القواعد القانونية. كل هذه الأعمال يتولاها نفس الأعضاء وقد يتضمنها عمل واحد ومع ذلك يميزها بعضها عن بعض خاصية معينة هى أن القاعدة القانونية تختلف عن كل هذا بعمومية نصها .

٢٨ — (٢) *التجريد* : وكذلك تكون القاعدة القانونية مجردة ، ذلك أن القانون لا يقصد من وضعه القاعدة أن ينظم بها علاقة معينة ، بل لكى ينظم بها علاقات نموذجية ذات طابع موحد . هذه الخاصية هى وحدها التى تستطيع أن تحقق هدفاً آخر ينشده كل نظام قانونى ألا وهو اليقين . والمقصود باليقين هنا أن تحدد ، للمرة الأولى والأخيرة الآثار التى يرتبها المشرع على مسلك معين ، بحيث يكون فى وسع المواطن أن يعرف سلفاً نتائج أعماله . ويحقق هذا الغرض على أكمل وجه ألا يترك المشرع للقاضى تنظيم سلوك الأفراد حسب كل حالة ، بل يضع بقاعدة واحدة تنظيما لحالة

نموذجية ، تندرج فيها جميع الحالات التى تكون من نوع تلك الحالة النموذجية. فبدلا من أن يعدد المشرع الأفعال غير المشروعة التى يترتب عليها حصول ضرر للغير منها وجوب التعويض يصطفى المشرع واقعة نموذجية تشترك فيها كل تلك الأفعال ، فيقول «كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض».

٢٩ — (٣) التبادلية : وكذلك تتميز القاعدة القانونية بطابعها التبادلى، ذلك أن القانون ، باعتباره مجموعة من القواعد القانونية التى تنظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، لابد أن يقتصر على حكم تلك العلاقات ، فلا يعنى عناية مباشرة على الأقل بواجبات الإنسان نحو نفسه ولا بواجباته نحو ربه .

(أ) وبذلك يظل خارج نطاق القانون أفعال الشخص فى مواجهة نفسه ما دامت لا تمس الغير ولو بطريق غير مباشر ، بمعنى أنه ما تكاد هذه الأعمال تؤثر فى الغير بأية صورة حتى تقع تحت طائلة القانون . فانتحار الشخص يكون الأصل خارج نطاق القانون ، ومع ذلك يمكن أن تكون له آثار قانونية عند ما يكون المنتحر مؤمناً على حياته . وكذلك يخرج عن نطاق القانون مايصنعه الشخص بجسمه من أضرار ، ومع ذلك يمكن أن تخضع لحكم القانون الأضرار التى يلحقها الشخص بجسده ليتهرب من الخدمة العسكرية، ذ يعتبر هذه فعلا لا يصيب الشخص خاصة بل يصيب الجماعة أيضاً ، وعلى ذلك يمكن القول إنه فى نظام اشتراكى يعنى بمصلحة الجماعة ينكمش جداً طاق الدائرة التى تقتصر العلاقة فيها على علاقة الشخص بنفسه .

(ب) كذلك لا يدخل فى نطاق القانون علاقة الشخص بربه، فإذا عاقب القانون من يعتدى على الأديان فإنما يكون ذلك بقصد حماية الشعور الدينى عند الآخرين .

حاصل القول إن القانون لا يعنى بأعمال الفرد إلا بقدر ما يكون لها من الأثر فى غيره من الأفراد ، ومعنى هذا أن الواجبات التى تفرضها القواعد القانونية إنما تقررت لمصلحة الأفراد ولحماية هذه المصلحة .

ومن هنا نشأت فكرة العلاقة القانونية وقوامها ما ينشأ من حقوق وواجبات بين الأفراد تجاه بعضهم بعضاً . هذه العلاقة لم ينشئها القانون لأول مرة بل هى موجودة من قبل باعتبارها من مقتضيات الحياة الجماعية . فهى تبدأ علاقات واقعية تكون خارج نطاق القانون «علاقات قبل القانونية». وعندما يتدخل القانون فى تلك العلاقات فينشىء لأحد طرفيها حقوقاً تقابلها واجبات على الطرف الآخر تتحول العلاقة من علاقة واقعية، « قبل القانونية » إلى علاقة قانونية . إن العلاقة التى تكون من المشترى والبائع تكون علاقة اقتصادية ، والذى يصيرها علاقة قانونية هو أن القانون ينشىء لكل من الطرفين حقوقاً يقابلها واجبات على الطرف الآخر . وعلاقة الأمانة بين الزوجين هى قبل كل شىء علاقة أخلاقية ، تصبح علاقة قانونية عندما يحول القانون تلك العلاقة الأخلاقية إلى علاقة تنشىء حقوقاً وواجبات قانونية لكل من الزوجين على الآخر .

وعلى ذلك لا تتميز العلاقة القانونية بالمادة التى هى موضوع تلك العلاقة بل بالطريقة التى يتصرف بها طرفاها كل منهما تجاه الآخر ، أى أن الذى يميزها ليس الموضوع بل الشكل . ومعنى هذا أنه لا يمكن معرفة ما إذا كانت العلاقة قانونية أو غير قانونية بناء على ما تتضمنه من مصالح ، بل بناء على ما إذا كانت هذه العلاقة قد نظمها القانون أو لم ينظمها : فليس ثمة علاقة تكون قانونية بطبيعتها وإنما تكون العلاقة قانونية عندما تمتد إليها يد القانون بالتنظيم .

ومن هنا كانت العلاقة القانونية علاقة من علاقات الحياة ينظمها القانون وكان معنى الطابع التبادلى للقاعدة القانونية أنها تفترض وجود علاقة بين شخصين ، وهذا مصداق أن القانون ظاهرة اجتماعية .

المبحث الرابع

المخاطبون بالقانون

٣٠ — القاعدة القانونية هى تكليف يقصد به تنظيم مسلك الأفراد . ومن هنا كان لا بد أن تكون موجهة لأشخاص. فن هم المكلفون أو المخاطبون بالقانون ؟ تلك مسألة ثار بشأنها خلاف قديم وظهرت بصدده نظريات متعددة (١) يمكن ردها إلى اتجاهين متطرفين بينهما اتجاهات وسط : فذهب رأى إلى أن المكلفين بالقانون هم كل الأفراد . وأن كل الأوامر المزودة بجزاء إنما تتجه إلى أولئك الذين تفرض عليهم واجب إطاعتها (٢) فى حين يذهب رأى آخر إلى القول إن توجيه القوانين للأفراد هو من قبيل المجاز، إذ أن الأفراد ينظمون مسلكهم وفقاً لقواعد اجتماعية لا وفقاً لقواعد قانونية . ولهذا يكون القانون ، عند أنصار هذا الرأى، مجموعة من التعليمات توجه إلى أعضاء الدولة المكلفين بإدارة القوانين ، هؤلاء — وليس الأفراد — هم وحدهم المكلفون بالقانون (٣) . ويصل أنصار هذا الرأى إلى أنه ليس على الأفراد واجبات قانونية لأن القواعد القانونية لا تلقى عليهم واجبات بصفة مباشرة بل تفرض فقط واجبات على السلطات العامة والمحاكم ، المكلفة بعقاب المواطنين عندما ينحرفون عن المسلك الذى رسمته القواعد القانونية (٤) .

---

(١) انظر فى عرض هذه النظريات :

Battaglini, *Le norme di diritto penale ed i loro destinatori*, (Perugia 1910).

(٢) قال هذا الرأى :

Bindin, *Die Normen und ihre Ubertretung*, 1, p. 6.

(٣) وهذا هو رأى :

Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*.
Ihrlich, *Die Tatsachen des Gewohnheitrechts*.

(٤) Binder, *Rechtsnorm und Rechtspflicht*.

٣١ — بين هذين الاتجاهين توجد اتجاهات وسط :

(ا) إذ يقسم فريق من الشراح (اهيرنج)(١) القواعد القانونية إلى طائفتين : قواعد داخلية تقوم بعملها داخل الدولة كقواعد التنظيم والإدارة واختصاص السلطات المختلفة ؛ وهذه تتوجه إلى أعضاء الدولة ، وقواعد خارجية كقواعد السلوك الاجتماعى ، وهذه تتوجه إلى الأفراد .

(ب) وهناك فقهاء آخرون (٢) يرون أن نفس القاعدة القانونية تتجه إلى من يجب عليهم احترامها وإلى من يعملون على فرض احترامها ، وأنه لهذا تنطوى القاعدة القانونية على تكليفين لا ينفصل أحدهما عن الآخر ، تكليف يتوجه إلى الأفراد وتكليف يتوجه إلى أعضاء الدولة . وتتغير وجهة الأمر بحسب طبيعة العلاقات . فنى علاقات القانون العام يتوجه الأمر بطريق مباشر إلى السلطات ، وبطريق غير مباشر إلى الأفراد . أما فى علاقات القانون الخاص فيحدث العكس . وقد يتوجه الأمر القانونى إلى كل من السلطات والأفراد بطريقة متساوية كما فى القواعد الجنائية .

(ج) وهناك فريق ثالث يرى أن التفرقة بين قواعد القانون العام وقواعد القانون الخاص، واعتبار الأولى موجهة إلى سلطات الدولة والثانية موجهة إلى الأفراد ، تفرقة غير دقيقة ، إذ من الممكن أن تكون القاعدة من قواعد القانون الخاص وتكون مع ذلك موجهة للأفراد (كما فى قوانين الضرائب وقوانين التجنيد) وقد تكون القاعدة قاعدة قانون خاص وتكون مع ذلك موجهة إلى سلطات الدولة (كما فى قوانين التفسير) . لهذا يرى هذا الفريق من الشراح أن الأولى فى معرفة أى القواعد تكون موجهة إلى

---

(١) Ihering, *Der Zweck im Recht*, 1.

(٢) Miceli, *La norma giuridica*.

الأفراد وأنها تكون موجهة إلى سلطات الدولة أن يفرق بين قواعد أعدت لتنظيم الحياة الاجتماعية وقوانين أعدت لتنظيم الوظيفة . فالقواعد التى تقع فى الطائفة الأولى (كالامتناع عن الأفعال غير المشروعة ، ووجوب تنفيذ الالتزامات أو دفع الضرائب) فيكون المكلفون بها هم الأفراد وحدهم سواء أكانو أشخاصاً طبيعيين أو أشخاصاً اعتباريين . أما القواعد التى تنتمى إلى الطائفة الثانية أى التى تفرض واجبات ذات طابع وظيفى ، باعتبارها مظهراً للنشاط العام فتتوجه فقط إلى القائمين بالوظيفة العامة أى إلى أعضاء الدولة . ومثال هذه القواعد جميع القواعد المتعلقة بتكوين السلطات وسيرها واختصاصاتها والأعمال التى يجب عليها القيام بها ، أو بتطبيق القوانين وتقدير العقاب . فكل هذه أوامر موجهة إلى موظفى الدولة المكلفين بالسعى لتحقيق الأهداف العامة (١) .

(د) والمختار هو أن القواعد القانونية يكون منها ما هو متعلق بصميم الوظيفة العامة ومنها ما هو متعلق بصميم سلوك الأفراد . والمخاطبون بالنوع الأول من القواعد هم أعضاء الدولة بصفتهم هذه لا باعتبارهم أفراداً ، أما النوع الثانى فنفرق فيه بين مضمون القاعدة والجزاء المنصوص عليه لمخالفة هذا المضمون . والمخاطبون بمضمون القاعدة القانونية هم المواطنين جميعاً بما فيهم أعضاء الدولة لا بصفتهم هذه بل باعتبارهم أفراداً ، وبما فيهم أيضاً الأجانب الذين يعيشون فى إقليم الدولة ويزاولون عملهم فيه . أما الجزاء على مخالفة هذه القواعد فيخاطب به ، لا الأفراد الذين يمكن أن يوقع عليهم هذا الجزاء ، بل أعضاء الدولة ، لا باعتبارهم أفراداً ، بل باعتبارهم مكلفين بالسهر على القوانين والعمل على ضمان احترام الأفراد لها (٢) .

---

(١) Ferrara, *Trattato di diritto civile*, I.

(٢) Pacchioni, *Diritto civile italiano*, vol. 1, parte prima.
Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciali*, vol. 1, § 1, p. 17.

٣٢ — وثمة مسألة أخرى هي ان عديمي الأهلية هل يعدون مكلفين بالقواعد القانونية ؟ وهذه المسألة أيضاً كانت مثار خلاف بين الشراح . إذ رأى بعض الفقهاء أن القانون ، إذ يقتضى الطاعة من جانب المخاطبين به ، لا يجوز أن يخاطب إلا من يكون فى حالة تمكنه من الطاعة ، وأنه لهذا لا يجوز اعتبار عديمي الأهلية مخاطبين بالقانون [١] . فى حين يرى فريق آخر أن كل شخص إنما يكتسب بالولادة القدرة على أن يصير صاحب حق وأن يتحمل بالتزامات ، ولو كان رضيعاً أو مجنوناً فإنه يمكن أن يكون مديناً ومسئولا ، فيجوز أن يحكم عليه بالوفاء ، ويخضع للتنفيذ الإجبارى فى ذمته . أما واجب النائب فى التصرف لحساب عديم الأهلية فلا تعلق له بذات واجب الأصيل فليس صحيحاً أن واجبات عديمي الأهلية هى واجبات على ممثليهم القانونيين ، بل واجبات تتعلق بذمتهم لا بذمة نائبيهم . صحيح أن القانون يهدف أول ما يهدف إلى تحديد مسلك من يتوجه إليهم بالتكليف . لكن إذا وجد من لا إرادة له أو من لا يستطيع الطاعة فلا يجوز بسبب هذا أن يتعطل حكم القانون أو يزول . ذلك أن هدف القانون هو حماية المصالح وأنه لا بد من تحقيق هذا الهدف فى جميع الأحوال . أما الطاعة المرجوة ممن يتلقى أمر القانون فهى مجرد وسيلة لتحقيق هدف القانون ، ولكن إذا تخلفت هذه الوسيلة فلا يجوز لهذا أن يتخلف عمل القانون . إن يريد القانون إلا خدمة المصالح الحقيقية ، لا القيام بتوعية إرادة الأفراد [٢] .

---

(١) Binding ، المرجع السابق — ولقد فصل Ferneck هذا المعنى فى كتابه Die Rechtswidrigkeit جزء ١ ص ١٩٨ وما بعدها ، فقسم المخاطبين بالقانون إلى أصحاء وغير أصحاء وقال إنه حيث يريد القانون مزاولة وظيفة ذات طابع معنوى فلا يجوز أن يتوجه بالقاعدة إلى أولئك الذين يكونون فى حالة لا يمكنهم من إدراك القانون وإطاعته بسبب عدم أهليتهم من الناحية الجسدية أو العقلية ، أما ما يسمى واجبات عديمي الأهلية فهى واجبات على ممثليهم القانونيين .

(٢) Thon, *Der Normenadressat* (Iher. Jahrb. 1906, p. 1).

٣٣ — والذى نختاره هو الرأى الثانى وهو أن هدف القانون هو حماية المصالح الجماعية لا التماس الأسباب والمعاذير . صحيح أن الأثر النفسى للقانون يساعد فى إعمال القانون وتحقيق الغاية منه . ولكن هذا الأثر النفسى ليس شرطاً لازماً لذلك : فحتى الذى يجهل القانون ، ومن يستحيل عليه مراعاته ، ومن لا يمكن من الناحية النفسانية مؤاخذته لا يكون فى حل من النتائج التى تترتب على إهدار القانون . فكذلك عديمو الأهلية يخضعون للقانون ويحملون واجبات تنفذ فى ذمتهم جبراً . صحيح أن عديم الأهلية ليس كفؤاً لأن يبرم تصرفات قانونية ولا أن يتحمل بما ينشأ من التزامات تترتب على ما يبرمه هو من تصرفات ولا أن يسأل جنائياً عما يقع منه من أفعال تعد جرائم فى نظر القانون الجنائى ، ولكنه ليس غير كفء لأن يتحمل الواجبات الأخرى التى يلقيها عليه القانون ، بصرف النظر عن حالته من حيث الإدراك ، والتى يجب عليه أن ينفذها صوناً للنظام القانونى . ولا يتدخل النائب القانونى إلا لتنفيذ واجبات غيره وهو عديم الأهلية لا واجباته هو ، وحتى عندما لا يتدخل النائب فإن القانون يسعى لأن يتحقق من تلقاء نفسه عن طريق التنفيذ الجبرى[1] .

٣٤ — ويتفق هذا الرأى مع ماذهب إليه الفقهاء المسلمون ، بقولهم « إنه يجب على الصبى من حقوق العباد الغرم كضمان ما أتلفه ولو بالانقلاب عليه فان العذر لا ينافى عصمة المحل »[2] ومعنى هذا أن المحل ، مالا كان أم نفساً ، معصوم من كل ضرر ولو وقع الضرر مما قام به عذر كعدم التمييز . وكذلك يتفق مع التشريعات الوضعية كالتشريع المدنى الإيطالى الذى نص فى المادة ٢٠٤٧/٢ على أنه « إذا لم يستطع المضرور الحصول على تعويض ممن عليه واجب الرقابة جاز للقاضى أن يحكم على من أحدث الضرر بتعويض

(١) فيرارا ، المرجع السابق .

(٢) المرآة ، شرح المرقاة للاخسرو جزء ٢ ص ٤٣٤ مع حاشية الأزميرى .

عادل مع مراعاة ظروف الطرفين الاقتصادية»، وكذلك فعل القانون المدنى الحالى الذى بعد أن نص فى المادة ١٦٤/١ على أن مناط المسئولية عن الأفعال غير المشروعة هو التمييز، استثنى فى الفقرة الثانية من نفس المادة فقال «ومع ذلك إذا وقع الضرر من شخص غير مميز ولم يكن هناك من هو مسئول عنه أو تعذر الحصول على تعويض من المسئول جاز للقاضى أن يلزم من وقع منه الضرر بتعويض عادل مراعياً فى ذلك مركز الخصوم» . وكذلك جاء فى المادة ١٧٩ على أن «كل شخص ، ولو غير مميز ، يثرى دون سبب على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة ...»

المبحث الخامس

تمييز القواعد القانونية عن القواعد الأخرى الطبيعية والاجتماعية

٣٥ — الحياة الاجتماعية ليست محكومة بقواعد قانونية فحسب ، على ما مر بنا ، فما القواعد القانونية إلا نوع من مجموعة قواعد أكبر ، ذات طابع مختلف ، تعاون القواعد القانونية فى تنظيم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، كالقواعد الدينية والقواعد الأخلاقية . ليس هذا فحسب ، فقد تستعمل كلمة قانون للدلالة على فكرة أخرى تتعلق بالظواهر الطبيعية حيث يسود طابع الضرورة والثبات . وكلمة قانون بهذا المعنى أى بالمعنى الفيزيائى — الكيميائى هى أبعد ما تكون عن القواعد القانونية التى تنظم الحياة الإنسانية . ولهذا يختلف معنى كلمة قانون بحسب ما إذا كنا بصدد قوانين فيزيائية — كيميائية أو قوانين اجتماعية أو قوانين فى معناها الخاص . لهذا وجب أن نميز القواعد الاجتماعية (ومن بينها قواعد

الأخلاق والعادات والقواعد القانونية عن القواعد الطبيعية والفنية ، ثم نميز القواعد القانونية عن سائر القواعد الاجتماعية .

٣٦ — (١) قوانين الطبيعة والقوانين الاجتماعية : القوانين الطبيعية هى تلك القوانين التى تفسر ما يجرى فى الطبيعية وتبين حقيقة الظواهر الطبيعية بصورة بسيطة وكاملة ، مثال ذلك قانون لافوازييه (أو قانون بقاء المادة) ومؤداه أن المادة لا تفنى ولا تستحدث بما يطرأ عليها من تفاعلات كيميائية . وقانون Meyer فى بقاء الطاقة ومؤداه أن الطاقة لا تفنى ولا تستحدث بالتفاعلات الكيميائية والتغيرات الطبيعية ولكن تتحول من صورة إلى أخرى . وقانون بويل ، ومؤداه أن حجم كمية معينة من الغاز ، عند ثبوت درجة حرارته ، تتناسب تناسباً عكسياً مع الضغط الواقع عليه . وقانون نيوتون فى الجاذبية ، إلى غير ذلك من قوانين الطبيعة والكيمياء .

هذه القوانين ، على خلاف القوانين الاجتماعية ، لا تفرض واجبات سلوك، فهى لا تقضى بما يجب أن يفعله الأفراد وما لا يجب أن يفعلوه ، وإنما تقرر فقط ما يجرى فى الطبيعة وأنه إذا وضعنا كمية معينة من الغاز تحت ضغط معين وعند درجة حرارة ثابتة فان حجم هذه الكمية يزيد بنقص الضغط الواقع عليها وينقص بزيادة هذا الضغط . وهنا تأخذ فكرة القانون معنى مختلفاً جداً ، إن هى إلا وصف لحقائق وصيغ حسابية تمثل على سبيل التعميم حقيقة الظواهر الطبيعية . ولهذا كان للقواعد الطبيعية خصيصة اللزوم والحتمية فهى لا تتخلف ولا تخالف ، فاذا شذت ظاهرة واحدة عن قانون طبيعى فقد صفة القانون . أما القواعد الاجتماعية ، الأخلاقية والقانونية فقواعد سلوك تتميز بقابليتها للتخلف والمخالفة .

٣٧ — القواعد الفنية والقواعد الاجتماعية : القواعد الفنيــــة هى

القواعد التى تبين أنه لإنتاج أثر معين يجب إتباع وسائل معينة . والعلوم والفنون التطبيقية ، لها قواعد فنية ، فإعداد المركبات الكيميائية وصباغة الملابس وتحويل الطاقة الكهربية إلى ضوء الخ . . كل له قواعد فنية ، وهى قواعد مقتضاها وجوب اتباع وسيلة معينة إذا أريد الوصول إلى غاية معينة .

والقواعد الفنية تشبه القواعد الطبيعية من حيث عدم إمكان مخالفتها ، بمعنى أنه لا يمكن الوصول إلى الأثر المقصود دون احترام هذه القواعد ، فعدم الجمع بين الأوكسجين والأيدروجين يؤدى إلى تخلف المركب المعروف باسم الماء . أما القواعد الأخلاقية والقانونية فتتميز بقابليتها المخالفة ، فقاعدة السلوك التى تحرم السرقة يمكن مخالفتها إذ يستطيع السارق الاستيلاء على الشىء المملوك للغير ، خلافاً للقاعدة التى تحرم السرقة . لهذا يجب عدم خلط القاعدة الفنية بالقاعدة الهدفية : فجميع القواعد الهدفية الاجتماعية تستهدف أغراضاً معينة تتوسل إلى تحقيقها بوسائل مختلفة ذات طابع مصطنع ، ولهذا لا ترقى إلى درجة القواعد الفنية بالمعنى الدقيق وهى القواعد التى تعلق تحقق نتيجة ما على إتباع وسائل معينة ، والتى يخضع لها الشخص من تلقاء نفسه إذا أراد الوصول إلى الغرض الذى يصبو إليه .

٣٨ — وإذا تركنا مجال الظواهر الطبيعية والكيميائية وكذلك مجال القواعد الفنية إلى مجال آخر هو مجال الظواهر الاجتماعية الطبيعية نجد كذلك قوانين نضرب أمثلة لها بصرف النظر عن مدى صحتها : فهناك قانون مالتس Malthus فى السكان ومنطوقه أن السكان يتزايدون بنسبة هندسية فى حين تتزايد وسائل المعيشة بنسبة حسابية ، وكذلك قانون أقل مجهود ، ومؤداه أن كل شخص مدفوع إلى إشباع حاجاته بأقل تضحية . وكذلك قانون العرض والطلب ، وقانون جريشام فى أن العملة الرديئة تطرد العملة الجيدة ، وقانون الغلة المتناقصة .

هذه القوانين تشابه إلى حد ما القوانين الطبيعية من حيث وجود رابطة بين عدة ظواهر . إلا أنها تختلف عنها فى عنصر يوجد فيها ولا يوجد فى القوانين الطبيعية أو الكيميائية وهو عنصر الإرادية أو حرية الاختيار ، الأمر الذى يجردها من خاصية اللزوم أو الحتمية . فقد يقوم الشخص بأعمال على وجه لا يتفق مع مقتضى قانون أقل مجهود ، مدفوعاً إلى ذلك بإرادته . وقد تتغير النسبة بين زيادة السكان ووسائل المعيشة بناء على تقدم غير عادى فى النشاط الإنتاجى يحدث فى بيئة معينة بناء على فكرة أخلاقية معينة . ومع ذلك يتعين أن نقول إنه بالنسبة للقوانين الاجتماعية الطبيعية إذا كان الغالب أن توجد رابطة بين عدة ظواهر إلا أنه قد يحدث فى بعض الحالات أن يتخلف انطباق هذه القوانين بسبب تدخل إرادة الشخص وحريته فى الاختيار .

٣٩ — ثم إذا انتقلنا إلى طائفة القوانين الأخرى التى تنتمى إلى الطائفة الكبرى للقوانين الاجتماعية الأخرى نجد أنها تتسم فى عباراتها بطابع اللزوم . مثال ذلك المبدأ التى نصت عليه المادة ١٦٣ وهو أن « كل خطأ سبب ضرراً للغير يلزم من ارتكبه بالتعويض » ، بتحليل هذه المادة نجد أنها تنص على واقعتين ، الضرر والتعويض . ولكن إذا نظرنا إلى الصلة التى توجد بين هاتين الواقعتين نجد أنها ليست فى حتمية الصلة التى توجد فى مجال الظواهر الطبيعية . فالمادة ١٦٣ تنشىء بين الواقعتين تلازماً من طابع آخر ، هى لا تقصد تقرير أمر واقع وهو أن من يقع منه ضرر يلتزم بالتعويض ، فكثيراً ما يحدث فى الحياة العملية ألا يتحقق هذا الأمر ، وإنما هى تقصد أن تبين ما يجب عمله . وهذا ما تفعله الدولة بتحريمها الجريمة ، وبالتهديد بالجزاء ، وهو توجيه نشاط الأفراد بحيث إن المخاطبين بالقانون إذ يعلمون مضمونه يتحاشون مقارفة ما يعرضهم للجزاء .

وكذا القول بالنسبة للقواعد الأخرى التى يفرضها الدين أو الأخلاق

الاجتماعية أو قواعد الاستقامة الخ إذ تهدف جميعاً إلى توجيه نشاط الأفراد وتنظيم سلوكهم ومن ثم يمكن أن تسمى فى مجموعها القوانين الأخلاقية .

وعلى ذلك فثمة فرق عميق بين القوانين الطبيعية والقوانين الاجتماعية الطبيعية من حيث إن الأولى يتوافر فيها طابع الحتمية أو اللزوم أما الثانية فليس لها هذا الطابع لما يمكن أن يصيبها من مخالفات بسبب حرية الاختيار عند الناس . كما أن هنا فرقاً عميقاً بين المعنى الذى يعطى لكلمة « قانون » فى كل من القوانين الإجتماعية الطبيعية ، والقوانين الأخلاقية بالمعنى الواسع . فالأولى تقصد تقرير ماهو كائن ، أى الأمور الثابتة التى نصادفها فى الأعمال البشرية أما الثانية فتقصد النص على ما يجب أن يكون ، أى ما يجب أن يكون عليه سلوك الأفراد .

٤٠ — **القواعد القانونية وسائر القواعد الاجتماعية :** قواعد القانون ، والأخلاق ، والدين ، والعادات تتحد جميعها فى المصدر والهدف والوجهة فهى نتيجة العيش فى جماعة (وحدة المصدر) وتستهدف تنظيم سلوك الأفراد (وحدة الهدف) ويتجه التكليف فيها إلى إرادة الأفراد فتقتضيهم الطاعة (وحدة الوجهة) .

غير أن هذه القوى الاجتماعية تنظر إلى السلوك البشرى من وجهات نظر مختلفة ، وتختلف فيما بينها من حيث ما لكل منها من مطالب خاصة ، ولهذا كانت وسائل عمل كل منها تختلف عن وسائل عمل الأخرى ، ثم هى تختلف فيما بينها من حيث علة التكليف ومضمونه وكذلك من حيث الطريقة التى يتحقق بها التكليف وقوة الجزاء . ولهذا وجدت فروق ميزت أنواع هذه القواعد بعضها عن بعض ، إذ اتسم كل منها بسمات خاصة ولذا كان من المفيد مقارنة القواعد القانونية بكل من قواعد الأخلاق والقواعد

الدينية وقواعد العادات الاجتماعية(١) .

٤١ — (١) **القانون والأخلاق** : يشترك القانون والأخلاق فى ثلاث ويفترقان فى ثلاث : فهما يشتركان (ا) فى أن مناط كل منهما هو الحياة العملية للإنسان ، (ب) وفى أن أساس كل منهما هو فكرة التقدير لا التقرير ، فهما يحكمان على السلوك من حيث ما يجب أن يكون عليه ولا يقرران ماهو كائن ، (حـ) وفى أن كلا منهما يستند إلى فكرة الواجب . ومن هذا الوجه يمكن القول إن النشاط القانونى هو النشاط الأخلاقى . غير أن هذا لا يعنى على التحقيق أن الأخلاق والقانون شىء واحد ، فهما يختلفان فى نواحى عدة أهمها ثلاث : نطاق العمل ، ومدى الفاعلية ، ورد الفعل المترتب على المخالفة .

(ا) نطاق العمل : فالقاعدة الخلقية تنظر إلى حالة الشخص النفسية وتقدر أعماله فى ضوء هذه الحالة . فالتبرع يمكن أن يكون متفقاً مع مقتضى الأخلاق أو مخالفاً له بحسب ما إذا قصد المتبرع إرادة الخير أو كان قصده التباهى ورئاء الناس . أما القاعدة القانونية ، فباعتبارها تنظم السلوك الخارجى للأفراد لا تهبط إلى أعماق الناس بل تقف عند المسلك الخارجى .

ولكن ليس معنى هذا أن القانون لا يعنى البتة بالعنصر الداخلى ، وأن الأخلاق لا تهتم بالعالم الخارجى ، فالقانون ينظر فى العنصر الداخلى عند

---

(١) قد يعترض على هذه المقارنات بأنها غير مفيدة وأنه من العبث محاولة بيان الخواص التى يتميز بها القانون من الدين والأخلاق والعادات الاجتماعية بناء على أن مختلف مظاهر الذهن البشرى من دين وأخلاق وعادات اجتماعية يمكن أن تنتقل إلى عالم القانون . ولكن يرد على ذلك الاعتراض أن هذا الانتقال يتخذ عند حصوله شكلا مختلفاً كما يتحقق بطريقة مختلفة باختلاف تلك المظاهر : فالقاعدة الخلقية عند انتقالها إلى مجال القانون تكسب سمة وفاعلية جديدتين لم يكونا لها من قبل . ثم إن هذا الانتقال لا يتحقق فى جميع الأحوال ، فهناك قيود تحول دونه ، فظواهر الحياة الداخلية وهى مناط القواعد الخلقية والقواعد الدينية (كحب الجار والإيمان بالله) يصعب أن تكون موضوعا للقواعد القانونية . ولذا تظل المقارنات مجدية .

بحث ما إذا كانت إرادة المتعاقد معيبة بغلط أو تدليس أو إكراه ، وما إذا كان الأثر المترتب على نية الشخص لم يجاوز هذه النية . والأخلاق بدورها تنظر إلى العنصر الخارجي لترى ما إذا كانت النية قد نفذت وكيف نفذت . الحق إذن هو أن الأخلاق تعنى أساساً بالعنصر الداخلي وأن القانون يعنى أصلا بالعنصر الخارجي .

(ب) مدى الفاعلية : القانون الأخلاقي يعمل من ناحية واحدة ، فهو إذ يأمر أو ينهى إنما يفعل ذلك لنصرة الخير ولتحقيق كمال الإنسان ، لا لكي يعطي الغير سلطات وحقوقاً . فإذا كان مقتضى الأخلاق أن يحب الشخص لغيره ما يحب لنفسه فإنه لا يقول للغير إن لك حقاً في ذلك الحب . ومن هنا كان طابع الأخلاق الأحادي . أما القاعدة القانونية فتتراءى فيها فكرة الحق أي مطالبة الغير بتنفيذ ما يقع عليه من واجب . ومن هنا تميزت القاعدة القانونية بطابع التبادلية ، فهي تحدد وتلزم من ناحية وتحمي وتمنح من ناحية أخرى . وعندما يقول القانون للمدين وفِّ بدينك فإنه يعطي في نفس الوقت للدائن الحق في استيفاء ذلك الدين من المدين .

(ح) رد الفعل على المخالفة : والقانون لاقتصاره على المسلك الخارجي للأفراد يتمتع بخاصية إمكان تطبيق الجزاء المادي . أما القاعدة الأخلاقية فلأنها تتجه إلى المسلك الداخلي كانت بالطبع غير قابلة للجزاء المادي . ومن هنا كان المعيار المميز لكل من القانون والأخلاق ، هو إمكان استعمال القهر في الأول وعدم إمكانه في الثانية التي ليس لها من جزاء إلا سخط المجتمع على المخالف . وحيث يتخلف إمكان القهر نكون خارج نطاق القانون وندخل في نطاق الأخلاق ، أي أن وجود الجزاء أو زواله معناه وجود قاعدة قانونية أو زوالها .

٤٢ — صلة القانون بالأخلاق : على أنه يجب ألا نحسب أن القانون والأخلاق ، بسبب ما بينهما من الفروق التى ذكرناها، يعيش كل منهما بمعزل عن الآخر دون أن توجد بينهما صلات . بل الصحيح أن بينهما صلات وثيقة ، ترجع أولا إلى أنهما نشآ من مصدر واحد هو العيش فى الجماعة . ثم يجب ألا ننسى أنه وفقاً للتطور التاريخى يمثل القانون قدراً من القواعد الأخلاقية رأت الدولة أن تفرضه لتنظيم حياة الجماعة ، فزودته بوسائل القهر الخارجى وحولته بذلك من مجرد قواعد أخلاقية إلى قواعد قانونية . ويزداد تأثر القانون بالأخلاق مع تقدم المدنية . من هذا أن من الواجبات ما كانت فى أول الأمر ذات طابع خلقى ثم صارت ذات طابع قانونى كواجب رب العمل فى تأمين العمال من حوادث العمل وأمراض المهنة ، فلقد تحول هذا الواجب من واجب خلقى إلى واجب قانونى .

ومظاهر تأثر القانون بالأخلاق واضحة فى أغلب نواحى القانون : فهى تبدو فى علاقات الأسرة من حيث نظام الزواج ، وواجبات الزوجين كل منهما قبل الآخر ، وواجب الإنفاق على الأقارب . وتبدو فى القانون الجنائى فى عقاب من يرتكب أعمالا مخلة بالحياء وحسن الآداب . وفى العلاقات المالية تتغلغل مظاهر الأخلاق إلى حد بعيد ، ويبدو ذلك بوجه خاص فى وجوب حسن النية (م ١٢٤ / ١ ، ١٤٨ / ١) ؛ وفى العناية والأمانة فى تنفيذ الالتزامات (م ٢١١) وفى استبعاد أعمال العنف والأعمال الخفية فى وضع اليد(م ٩٤٩ / ٢) ، وفى إبطال العقود المخالفة للآداب (م ١٣٦) وفى إمكان إبطال العقود للغلط (م ١٢٠) أو للتدليس (م ١٢٥) أو للإكراه (م ١٢٧) أو للاستغلال (م ١٢٩) ، وفى عدم جواز استرداد المدين ماأداه باختياره تنفيذاً لواجبات أخلاقية أو اجتماعية (وهى ماتسمى بالالتزامات الطبيعية) (م ٢٠١) وفى تحريم إساءة استعمال الحق (م٤و٥)

وفى الأخذ بناصر المدين الذى أصبح تنفيذه لالتزاماته ، بسبب تغير الظروف ، مرهقاً له بحيث يهدده بخسارة فادحة ،إلى غير ذلك من المبادىء الأخلاقية التى رفعها القانون الوضعى إلى مصاف القواعد القانونية .

٤٣ — إلا أن تشبع القانون بالأفكار الأخلاقية لم يمنع من اختلاف القانون عن الأخلاق فى بعض الأحوال . من ذلك أنه قد يوجد عمل سليم من الناحية القانونية يكون مع ذلك مخالفاً لمقتضى الأخلاق ، كما فى تملك شخص بوضع اليد عقاراً مملوكاً للغير . وهذا مصداق لقول پول إنه « ليس كل ما هو مشروع قانوناً يكون متفقاً مع ما توجبه الأخلاق
« *non omine quod licet honestum est*

ثم قد يكون عمل ما متفقاً مع مقتضى الأخلاق ولكنه يعد مخالفاً للقانون ؛ كالاعتداء على ملك الغير لأسباب إنسانية (م ١٦٨) .

وهنا ينبغى أن نلاحظ أنه وإن كان صحيحاً أنه يجب ألا يتعارض القانون مع الأخلاق ولكن يجب ألا يفهم من هذا أن قانوناً لا يطابق الأخلاق لايجوز اعتباره قانوناً ، فضرورة مطابقة القانون للأخلاق ليست ضرورة قانونية بل ضرورة أخلاقية . فاختلاف القانون عن الأخلاق لا يجرد القاعدة الوضعية من صفتها القانونية. وهذا يدل على أن الأخلاق والقانون ليسا شيئاً واحداً وأنهما وإن تداخلا فيما بينهما فى علاقات كثيرة ومتعددة فإن كلا منهما لا يزال مع ذلك محتفظاً بذاتيته الخاصة ، وقد يتفق مجال الأخلاق مع مجال القانون فى شىء واحد فتكون القاعدة القانونية هى فى الوقت عينه قاعدة أخلاقية ؛ وذلك عندما يكون المسلك الذى يعتبر منافياً للأخلاق يعد فى الوقت ذاته منافياً للقانون كما فى السرقة والقتل الخ . إلا أن القانون لا يفعل هذا دائماً لرغبة عنده فى النزول عند مقتضى الأخلاق ولكن يفعل ذلك لبواعث ومقتضيات من طبيعة أخرى ، لكى يتلافى أضراراً ومخاطر واضطرابات اجتماعية الخ . وبهذا يكون التوافق بين

الأخلاق والقانون مصادفة أو ذا طابع مادى ومقصوراً على أغراض معينة. وعلى ذلك إذا كان القانون يحرم عملا أو مسلكا يعد مخالفاً للأخلاق فإن عدم قانونية هذا العمل أو هذا المسلك تنشأ لا من مقتضيات الأخلاق بل من القانون نفسه الذى حرم ذلك العمل أو ذلك المسلك وكان بوسعه ألا يحرمهما .

إلا أن هذا لا يمنع من وجود حالات يأخذ فيها القانون بمقتضى قواعد الأخلاق باعتبارها هذا وذلك عند ما يقضى القانون صراحة أو ضمناً بأن عملا أو سلوكاً معيناً يجب أن يكون موافقاً لمقتضى الأخلاق أو يجب ألا يكون مخالفاً للأخلاق . فثمة عندئذ إحالة من جانب القانون على الأخلاق . ولكنها مجرد إحالة لا يترتب عليها أن تصير الأخلاق فى مرتبة القانون . وهذا يدل كما سبق أن قلنا على أن القانون والأخلاق ، وإن تلاقيا فى بعض الأحوال ، يظل كل منهما محتفظاً بذاتيته . ولكن لا يعنى هذا أن المشرع لا يكون عليه واجب النزول عند مقتضيات الأخلاق ، أو عدم الابتعاد عنها ما وسعه ذلك . وبذلك تظل الأخلاق ، لاسيما عند ما يحيل عليها القانون ، هى المهذب للشعور السياسى عند الجماعة .

٤٤ — (٢) *القواعد القانونية والقواعد الدينية* : تقترب القواعد الدينية من القواعد الأخلاقية ، ولو أن من الشراح من يقول إن الأخلاق ليست إلا مظهراً للدين ، الأمر الذى يترتب عليه أن تكون القواعد الأخلاقية نوعاً من القواعد الدينية . وأياً كان الأمر فإن القواعد الدينية تتميز عن القواعد القانونية من حيث إن الأولى تعبر عن إرادة إلهية واجبة الطاعة ، فهى تكاليف صادرة من عند الله تقتضى الناس التزام مسلك معين تجاه الله وإزاء الناس . ثم إن مقتضى القاعدة الدينية هو النظر إلى العمل من ناحيته الداخلية ومعنى هذا أن الحالة النفسية البحت تكون مناط التكليف. كذلك

المسلك الذى يفرضه الدين ، وإن كانت مخالفته تستوجب الجزاء الدينى ، لا يقبل التنفيذ الجبرى بنفس الطريقة التى يجرى عليها العمل فى القواعد القانونية .

وتتخذ المسألة وجهاً آخر فى البلاد التى يتخذ فيها القانون طابعاً دينياً ، إذ يظل القانون مختلطاً بالدين ، وتتخذ القواعد القانونية شكلا دينياً ، وتكون قواعد العبادات وقواعد القانون آتية من عند الله عن طريق الرسول .

٤٥ — (٣) القواعد القانونية والعادات الاجتماعية : ثمة قواعد يكون الشبه بينها وبين القواعد القانونية أكبر وأظهر . ونعنى بهذه القواعد قواعد العادات (الاجتماعية) وهى القواعد التى تنظم العلاقات الاجتماعية التى لم ينظمها القانون ، وذلك لأن هذه العلاقات ، بسبب عدم ارتباطها بالمصالح الاجتماعية الأساسية ، لم يمكن تنظيمها على نحو أولى من تنظيمها على نحو آخر . ووجه الشبه بين قواعد هذه العادات والقواعد القانونية هو أنها كالقواعد القانونية تنظم المسلك الخارجى للأفراد . والغالب أن تدخل هذه القواعد فى نطاق ما يكون من علاقات غير اقتصادية بين الأشخاص . ذلك أن الحياة الاجتماعية ليست محكومة كلها بقواعد قانونية ، وأن جزءاً منها يتم تنظيمه خارج نطاق القانون .

ومن قبيل قواعد العادات الاجتماعية التى ليست قواعد قانونية قواعد الترحيب والمجاملة والاحترام والتوقير والمعاملة الحسنة كوجوب استعمال لفظ « سيادتك » بدلا من « أنت » مع كبار الأشخاص ، وكتحية الناس بعضهم بعضاً ؛ ورد التحية عند حصولها ، ورد الزيارة ، والحضور فى المواعيد المتفق عليها ، وتقديم العزاء للصديق الذى وقعت به نازلة وتقديم التهنئة للصديق الذى أصابه خير ، والاحتفال بالصديق أو القريب

فى المناسبات السعيدة كالزواج أو النجاح ، والتزيى بزى معين فى مناسبة معينة .

وتتميز العادات الاجتماعية : (ا) بأن الجزاء المترتب على مخالفتها ليس كالجزاء المترتب على مخالفة القاعدة القانونية ، إذ يقتصر الجزاء عند مخالفة عادة اجتماعية على مجرد قطع الصلة بالشخص الذى خالف مقتضى العادة الاجتماعية أو السخط عليه أو نبذه . وبذلك يقترب الجزاء فى هذه الحالة من الجزاء المترتب على مخالفة قاعدة أخلاقية . (ب) أن من يخضع لقواعد العادات الاجتماعية يخضع لها من تلقاء ذاته ،دون أن يكون ثمة التزام قانونى عليه باحترامها . (ج) ومن الناحية الشكلية لا توجد فى العادات الاجتماعية فكرة الحق أو ما يقابلها .

وتتكون العادات الاجتماعية من تكرار مسلك معين من جانب شخص أو أكثر ، ويقابل المجتمع هذا المسلك بالترحاب ، ويخضع له بصورة تكاد تكون شاملة ، بحيث يكون الخروج عليها أمراً وشاذاً .

وكما تكون العادات الاجتماعية بين الأفراد تكون بين الدول كالمراسم الدبلوماسية وتحية السفن العسكرية .

المبحث السادس

القانون الوضعى والقانون الطبيعى

نقسم هذا المبحث إلى فرعين ندرس فى فرع أول القانون الوضعى، وفى فرع ثان القانون الطبيعى .

الفرع الأول

القانون الوضعى

Droit positif

٤٦ ــ *أصل هذه العبارة ومعناها* : ترجع هذه العبارة إلى القرن الثانى عشر عندما استعملها Abellardo ثم زاد انتشار استعمالها فى اللغة الفقهية طوال القرن السابع عشر (من Suarez إلى Puffendorf) . ولكن لم يتحدد معناها إلا فى السنوات التى تلت القرن الثامن عشر إلى القرن التاسع عشر بفضل النظريات التى عملتها المدرسة التاريخية فى ألمانيا . وعلى أثر صدور القانون المدنى فى فرنسا .

ويقصد بهذه العبارة عادة القانون الناشىء من الإرادة الإنسانية تمييزاً للقانون بهذا المعنى عن القانون الطبيعى تارة وعن القانون الإلهى تارة أخرى وكذلك عن قانون الشعوب .

إلا أن الوضعية ، وإن احتفظت فى أصلها بالمعنى القديم وهو كون القانون قد وضعته إرادة بشرية ، تعنى الآن شيئاً مختلفاً جداً لم تعد تدل عليه عبارة القانون الوضعى ، إذ يقصد به الآن القانون النافذ بالفعل. ويبدو هذا المعنى واضحاً فى تعريف الفقهاء للقانون الوضعى، سواء فى ذلك الفقهاء الأجانب والفقهاء المصريون : فلقد عرفه الفقه الأجنبى بأنه مجموعة

القواعد القانونية الموجودة عند شعب معين فى وقت معين فى تاريخه ، والتى تلزم جميع الأفراد ، أياً كان مصدر هذه القواعد ، سواء أكانت صادرة من إرادة أعضاء الجماعة الصريحة أو من إرادتهم الضمنية(١) . وعرفه الفقه المصرى بأنه مجموعة القواعد التى تحكم سلوك الأفراد بالفعل فى دولة معينة وفى زمان معين أياً كان مصدر هذه القواعد ، سواء أكان مصدرها التشريع أو العرف أو الدين(٢) .

٤٧ — ولقد انتقد بعض الشراح إضافة صفة « وضعى » إلى كلمة القانون ، على اعتبار أنها من قبيل التزيد أو الحشو(٣) ومع ذلك ظل استعمال هذه الصفة باقياً لسبب معين هو أن صفة « وضعى » تعتبر تكملة ضرورية لكلمة القانون، إذ أنها تدل على اتخاذ موقف ذهنى مباشر أو غير مباشر من بعض المسائل الأساسية التى ثارت عقب الثورة الفرنسية ، أى أنها تدل على اتخاذ موقف معين من الجدل الذى ثار بشأن القانون الذى ليس وضعياً، ذلك القانون السلبى ، اللاقانون ، والذى يسمى أيضاً بالقانون الطبيعى(٤) .

---

(١) Gaston May, *Introduction à la science du droit*, 1932, p. 65.

انظر هذا فى المعنى أيضاً دى باسكييه ، ص ٢١ ؛ كاربونييه ، ١ ص ٢٤ رقم ٧ ؛ مارتى ورينو ، ١ ص رقم ٥ .

(٢) انظر فى تعريف القانون الوضعى ، سليمان مرقس ص ٦ رقم ٧ ؛ عبد الفتاح عبد الباقى ص ٣٧ رقم ٢١ ؛ توفيق حسن فرج ، ١ ص ٧١ ؛ حسن كيرة ص ١٣ هامش ١ .

(٣) A.P. d'Entrèves, *Natural law*, 1951.

حيث قال إن Bergbohn كان على حق عندما قال :

"The very use of the adjective "positive" with regard to law is nothing but a pleonasm.

(٤) Vittorio Forsini, *Enciclopedia del diritto*, XII, p. 654.

وقريب من هذا أيضاً ، حسن كيرة ص ١٣ هـ ١ ، الذى يلتمس هذا المعنى فى صفة positif الفرنسية فيقول إن هذه الصفة تعنى فعال أو إيجابى ، بالمقابلة للفظ negatif أى =

الفرع الثانى

القانون الطبيعى

Droit naturel

٤٨ — ذهب كثير من المفكرين فى مختلف العصور إلى أن القانون لا يقتصر على القانون الطبيعى الذى فرضته الدولة ، وأن هناك قانوناً آخر مثالياً ، عقلياً ، مطلقاً ، يسمو على القانون المطبق فعلا ، هذا القانون هو مايسمى بالقانون الطبيعى .

وجدت هذه الفكرة فى الماضى البعيد ، وجدت فى الفلسفة الإغريقيه عند أرسطو ، وفى الفقه الرومانى ، وتلقاها المذهب المدرسى فى القرون الوسطى وفصلها تفصيلا واسعاً وأعطاها لوناً لاهوتيا إذ اعتبر القانون الطبيعى إنعكاساً للقانون الإلهى (القديس توماس الأكوينى) ثم جاء جروشيوس الذى أخذت على يديه نظرية القانون الطبيعى صيغتها النهائية، فظهرت مدرسة القانون الطبيعى التى استهوت مفكرى ذلك العصر من هوبز إلى لايبنيتز . وسارت هذه الفكرة فى طريقها المظفر حتى عمت العالم الفكرى فى أوروبا كلها .

= سلبى ، وورد فى كتاب هولاند The elements of jurisprudence, 1910 عبارة قريبة من ذلك حيث يقول فى ص ٤٣ هـ ١ عن هوبز العبارة الآتية : .

"Positive are those which have not been from eternity; but have been made lawes by the Will of those that had the Soveraign Power over others."

(١) إلا أن واضعى قانون نابليون انتهوا إلى حذف هذا النص فى القانون لا لعدم صحته لكى لا يكون ذلك بمثابة اعتناق لمذهب فلسفى لا يتلاءم مع طبيعة النصوص التشريعية (السنهورى وحشمت أبو ستيت ، أصول القانون أو المدخل لدراسة القانون سنة ١٩٥٠ ص ٥٣) .

٤٩ — الصورة الأولى للقانون الطبيعي : وكان مؤدى مذهب القانون الطبيعي فى صورته الأولى هو أنه يوجد فوق القانون الوضعى — ذلك القانون الناقص ، المتغير — قانون آخر مثالى ، مثواه الضمير الإنسانى ، لايتغير فى الزمان ولا فى المكان ، خالد وشامل، وأن القانون الوضعى ليس إلا صورة غير كاملة من ذلك القانون الحقيقى ، المستقر فى طبيعة البشر والمحفور فى قلب إنسان ، والمستمد من العقل ،والذى يعد نموذجاً يجب أن تقلده وتتبعه كل جميع القوانين الإنسانية ، بل إن القانون الوضعى يكون صالحاً بمقدار اتفاقه مع القانون الطبيعى ، إذ القانون الطبيعى هو الفيصل الذى يرجع إليه لمعرفةمدى سلامة القوانين وكان لهذا بمثابة الناقد،والمصحح والمكمل للقانون الوضعى ، وأن القانون الوضعى لا يستند إلى إرادة المشرع بل إلى القانون الطبيعى الذى يقتصر دور المشرع على استلهام أحكامه والنزول عند مقتضاها .

ولقد اتسع نطاق مذهب القانون الطبيعى وكان له أثره السياسى فى الحض على تعديل القوانين وإرساء أسس نظريات قانونية جديدة . وتغلغل فى حياة القرن الثامن عشر فكان وحى الفقهاء والمشرعين ، وقد تأثر به واضعو قانون نابليون ، ويبدو هذا واضحاً فى المادة الأولى من المشروع الأول لقانون نابليون . إذ جاء فى المادة الأولى من ذلك المشروع أنه يوجد قانون عالى ، لايتغير ، هو مصدر جميع القوانين الوضعية : إن هو إلا العقل الطبيعى من حيث إنه يحكم الناس كافة . وكذلك جاء فى المادة السابعة من القانون النمساوى الذى وضع فى سنة ١٨١١ أنه « فى حالة عدم وجود نص فى التشريع يرجع إلى مبادىء القانون الطبيعى Natürliche Rechtsgrundsätze » وكذلك جاء فى المادة الحادية عشرة من القانون المدنى المصرى المختلط الصادر فى سنة ١٨٧٦ أنه « عند عدم وجود نص ، أو عند عدم كفاية النص أو غموضه . يحكم القاضى بمقتضى مبادىء القانون

الطبيعي وقواعد العدالة » . بل إن القانون المدنى الحالى ينص فى المادة ٢/١ على أنه « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فاذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

٥٠ — أساس مذهب القانون الطبيعى : تستند فكرة القانون الطبيعى على أمرين ذهنيين : الأول ، هو الاعتقاد بأن عالم القانون كعالم الطبيعة ، فكما تهيمن على الطبيعة قوانين طبيعية فكذلك يهيمن على سلوك الأفراد قانون طبيعى ، الثانى ، هو الاعتقاد بأن من مستلزمات القانون أن يكون موضوعياً فيحكم الناس على وجه سواء ، بصرف النظر عن آرائهم الخاصة وأمانيهم ومصالحهم ، فوجب لذلك أن يكون أساس القانون هو الطبيعة إذ هذه وحدها هى التى تنأى بالقانون عن الضيق والنقص والتغير وعن هوى الفرد وتحكم المشرع . هذان الأمران يكفلان للقانون اليقين والموضوعية.

من هذه الفكرة العامة للقانون الطبيعى يتخذ هذا القانون معنيين أساسيين : الأول ، هو أن القانون الطبيعى هو وحده القانون العادل . الثانى ، هو أن القانون الطبيعى هو وحده القانون الحقيق (١) .

ويبرر المعنى الأول أن قوام العدل هو تنظيم العلاقات الاجتماعية بصورة متساوية بحيث لاتحابى أحداً ولا تظلم أحداً ، بل تعطى كل ذى حق حقه *suum cuique tribuere* لهذا كان القانون القائم على الطبيعة هو وحده الذى يبدو عادلا ، فلا يجوز بفضل موضوعيته ، أن ينسب إليه ميل أو ظلم . ومن هذا الوجه كان القانون الطبيعى هو المعيار الذى يمكن

---

(١) هذا المعنيان يتحققان فى القانون الوضعى عندما يكون متفقا مع مقتضى القانون الطبيعى ، ذلك أن أنصار القانون الطبيعى ، حتى من كان متشدداً ، لم يذهبوا إلى حد استبعاد القانون الوضعى كلية من أجل القانون الطبيعى .

به التعرف على عدالة القانون الوضعى أو عدم عدالته فيخلع عليه القانون الطبيعى فوق الإلزامية القانونية إلزامية أدبية أو يحرمه منها (وهذا هو القانون الطبيعى الملزم) .

ويبرز المعنى الثانى أن الغاية من القانون هى تحقيق العدل، وأن القانون الذى يحيد عن هذه الغاية فيكون ظالماً لا يعد قانوناً بالمعنى الكامل وبذلك لا يعتبر قانوناً بالمعنى الصحيح إلا القانون العادل . وإذ كان القانون الطبيعى هو وحده القانون العادل لزم من ذلك أن يكون القانون الطبيعى هو وحده القانون الصحيح . ومن هذا الوجه الثانى كان القانون الطبيعى هو معيار « القانونية » فى القانون الوضعى بحيث يمنحه أو يمنعه الصحة ، وبحيث يحل هو محل القانون الوضعى إن اقتضى الأمر ذلك (وهذا هو القانون الطبيعى النافذ) .

٥١ — المذهب التاريخى : غير أن مذهب التطور التاريخى (أو المدرسة التاريخية) هاجم مذهب القانون الطبيعى بعنف شديد ، مدللا على مافى هذا المذهب من تصنع ووهم : إذ يقول أنصار المذهب التاريخى إنه لا يوجد ولم يوجد البتة قانون خالد لا يتغير ، إذ القانون نابع من الجماعة فكان لابد أن يكون متطوراً بتطورها ، ثم إنه ليس ثمة قانون يكون واحداً فى جميع الشعوب ، إذ القانون يتوقف على عوامل عدة ، تاريخية واجتماعية ومتعلقة بالأجناس ، تعطيه ملامح تختلف من شعب إلى آخر وأن القانون المنقوش تارة فى ضمير الجماعة والمستمد تارة أخرى من العقل قانون لا وجود له ، إن هو إلا شعور مبهم يختلف باختلاف المفكرين الذين يرفعون إلى مرتبة القانون الطبيعى ، أفكارهم الشخصية دون أن يشعروا أنهم خاضعون فى كل هـــذا لآرائهم الاجتماعية والدينية ولأحاسيسهم ومعتقداتهم وأهوائهم .

ولقد ترتب على هذا الهجوم من جانب المذهب التاريخى أن تبين للفقهاء مافى مذهب القانون الطبيعى من تصنع ووهم وبهذا فقد هذا المذهب ماكان له من احترام وتقدير .

٥٢ — *الصورة الحديثة للقانون الطبيعى* : إزاء الضربات التى سددها المذهب التاريخى إلى مذهب القانون الطبيعى اضطر أنصار هذا المذهب إلى تغيير طريقتهم فى تصوير القانون الطبيعى ، فكفوا عن وصفه بأنه قانون مطلق وخالد وثابت لايتغير ؛ واعتبروه مجرد قيم ومثل عليا خلقها الانسان بنفسه وفقاً لظروفه الزمنية والمكانية . وبهذا أخذ القانون الطبيعى طابعاً تاريخياً ، إنسانياً اعترف به المحدثون من أنصار هذا المذهب الذين ابتدعوا نظرية القانون الطبيعى ذى المضمون المتغير . إذ قالوا إن القانون الطبيعى ليس قواعد ثابتة تصلح لكل زمان ، ولكل مكان بل هو قانون يتغير مضمونه بحسب الزمان والمكان .

وفى الحق أنه فى وقت معين من تاريخ شعب معين يتخيل المفكرون مثلا أعلى للقانون يتوجهون شطره بالقانون الوضعى ، فيعملون مقارنة بين القانون كما هو كائن والقانون كما ينبغى أن يكون ، بين القانون الوضعى الناقض والنموذج المثالى الذى يرسمه المفكر فى مخيلته للقانون الذى يبدو أكثر استجابة لمقتضيات العلاقة .

وهكذا تغيرت صورة القانون الطبيعى فبعد أن كان صورة لما هو كائن أصبح صورة لما ينبغى أن يكون وهو على هذا النحو يصبح مجرد تصوير ذهنى لما يجب أن يكون عليه القانون الوضعى ؛ فلم يعد ذلك القانون المطلق الخالد بل أصبح القانون الانسانى التاريخى .

ولكن حتى على هذا التصوير لا يعتبر القانون الطبيعى قانونا بالمعنى

المألوف لهذه الكلمة ، إذ ينقصه العنصر المميز للقانون وهو الفاعلية ، أى القابلية للتنفيذ القهرى ، إنه قانون أعزل ، إنه مجرد أمانى وآمال تبتغى أن يعمل القانون الوضعى على نمط خلقى معين ومقتضيات معينة من العدل ، هو مجرد عرض لقانون مستقبل ، إن تحقق فى شكل قواعد وضعية فثمة قانون بالمعنى المعروف لأنه يكون عندئذ قد وضع من جانب سلطة عليا حققت ذلك النموذج الخلقى المنشود ومقتضيات العدل المأمولة ، أما إذا لم يتخذ بعد هذا الشكل فلا يكون قانونا بل مجرد آمال وأمانى تأمل أن تصير قانوناً جديداً أو تعدل قانوناً قائماً .

على أن نفى طابع القانون عن القانون الطبيعى لايغض من قيمته العملية إذ هو على تصويره الحديث يعتبر النبع الذى يغترف منه الشرع ، والمعبر عن الضمير القانونى للأفراد الذى ينبغى على المشرع أن يعتد به فى تنظيم العلاقات . وكذلك لاينفى الطابع الوضعى عن القانون أن توجد فيه مبادىء قانونية عامة لم تأخذ شكل القواعد القانونية وأن يتعين على القاضى أن يعمل مبادىء قانونية لسد مايكون فى القانون من نقص ، إذ أن هذه المبادىء أو تلك هى مبادىء يتضمنها القانون الوضعى تستنتج على سبيل القياس من النصوص الوضعية .

٥٣ — يخلص مماتقدم أنه لا قانون إلا القانون الوضعى ، وأن الطابع الوضعى للقانون ليس مجرد طابع عرضى زائل ولا ظاهرة تاريخية خارجية ، وإنما هو الشكل الضرورى الذى يتخذه القانون ويتحقق به . أما المرحلة السابقة على اتخاذ القانون هذا المظهر الوضعى ، وهى مرحلة زاخرة بالأفكار والآمال والأمانى ، فتدخل كلها فى عداد ماقبل القانونية .

وإذ يدخل القانون الطبيعى فى هذه المرحلة « القبل القانونية » لزم ألا يجوز عصيان القانون الوضعى عند تعارضه مع القانون الطبيعى على نحو

ما قاله أنصار القانون الطبيعي ، وهو قول إن يكن مفيداً من ناحية السياسة التشريعية ، لما يترتب عليه من استعجال تعديل القانون الوضعي ، لا يجوز الأخذ بمقتضاه في مجال تطبيق القانون بسبب مايترتب عليه من خطر جسيم هو إهدار إلزامية القانون الوضعي .

٥٤ — *مذهب الطبيعيين ومذهب الوضعيين* : على أساس القول من ناحية بوجود قانون طبيعي يسمو على القانون الوضعي ، والقول من ناحية أخرى بوجود قانون واحد هو القانون الوضعي نشأ مذهبان ، مذهب الطبيعيين وهم أنصار القانون الطبيعي ومذهب الوضعيين وهم أنصار القانون الوضعي .

٥٥ — *الطبيعية القانونية* jusnaturalisme : وهو مذهب يؤمن أنصاره بوجود قانون طبيعي يسمو على القانون الوضعي ويعتبر مثلا أعلى يجب أن يسعى القانون الوضعي إلى تحقيقه . ولقد تعددت صفات هذا القانون عند القائلين بوجوده فوصفه الفلاسفة اليونان بأنه قانون غير مكتوب آت من عند الله ، وصوره الرومان قانوناً أبدياً مستقرا في القلوب ، وقال عنه الكنسيون أنه قانون إلهي .

وفي القرن السابع عشر أخذ أنصار مذهب القانون الطبيعي jusnaturalistes ينزعون نزعة فردية عندما قالوا إن للفرد حقوقاً طبيعية ثبتت له بمقتضى القانون الطبيعي قبل نشوء الجماعة ودخولها فيها عن طريق العقد الاجتماعي . وأقاموا القانون على أساس الحقوق الفردية التي أتى بها الفرد عند دخوله في الجماعة وبذلك أعطى أنصار هذا المذهب أساساً فردياً للقانون . وقامت الثورة الفرنسية في ظل مذهب القانون الطبيعي ثم وضع قانون نابليون بعد ذلك فجاء مشبعاً بالطابع الفردي الذي اتخذه القانون الطبيعي في ذلك الوقت . ولقد كانت نتيجة ذلك أن صور القانون

الخاص على أنه قانون الفرد ، وحامى الحقوق الأساسية التى تقررت له بمقتضى القانون الطبيعى .

٥٦ — الوضعية positivisme : ويعنينا منها نوعان: الوضعية القانونية والوضعية العلمية

(١) الوضعية القانونية positivisme juridique وأنصار هذا المذهب لايؤمنون بالقانون الطبيعى ، الذى يعتبرونه مجرد أفكار شخصية وآراء وعقائد وهم لذلك يخرجون القانون الطبيعى من نطاق علم القانون الذى يجب فى رأيهم أن يكون مقصوراً على القانون الوضعى وحده . ولهذا يطلق اسم الوضعية القانونية على المبدأ القائل بأنه فى تنظيم العلاقات الاجتماعية يجب أن يكون القول الفصل فى ذلك للقانون الوضعى دون مايسمى بالقانون الطبيعى وأنه لا فائدة من أن يوضع فى مواجهة القانون الذى تضعه الدولة وتشمله بقوتها وسلطاتها قانون مثالى لاحول له ولا قوة .

ويختلف الوضعيون القانونيون فيما بينهم من حيث نطاق الدراسةومن حيث أساس القانون : فمنهم من يرون قصر الدراسة على القانون الوضعى المطبق فى بلادهم وفى زمانهم ، ومنهم من يرون بسط نطاق الدراسة بحيث يشمل القوانين الوضعية المطبقة فى البلاد الأخرى .

ثم هناك من يجعلون أساس القانون هو الدولة ، فيقولون أن ما تقرره الدولة هو القانون ولا قانون إلا ما تفرضه الدولة . فى حين يقيم آخرون القانون على أساس العقد الاجتماعى .

٥٧ — (٢) الوضعية العلمية positivisme scientifique وسميت بالوضعيةالعلمية لأن أنصارها ينزلون القانون منزلةالعلوم الطبيعية التى تتحرى علاقة السببية بين الظواهر المختلفة ، ولذلك يكون موضوع علم القانون

عندهم هو الكشف عن الأسباب التى تفسر الظواهر القانونية ، وهذا يفترض خضوع الوقائع الاجتماعية لنفس القوانين الحتمية التى تخضع لها الظواهر الطبيعية(١) .

ويختلف أنصار الوضعية العلمية فيما بينهم من حيث نظرتهم إلى القانون فهناك المدرسة التاريخية التى تعتبر القانون واقعة تاريخية بمعنى أن القانون ينشأ من حياة الشعب ومن عاداته وتقاليده ومن ثم لا يوجد قانون طبيعى مطلق يسرى على الناس كافة ، وبذلك يكون ما تواضع عليه الشعب من تقاليد هو المثل الأعلى الذى يستهدفه المشرع . وهناك المدرسة الاجتماعية Ecole sociologique وهذه تقول إن القانون يجب أن يكون علماً قائماً على الملاحظة وردته بذلك إلى علم الإجتماع . وهى تبحث عن أساس القواعد القانونية عن طريق تحليل عادات المجتمع وحاجاته ، وتصل فى سهولة من طريق مشاهدة ما هو كائن إلى تقرير ما يجب أن يكون(٢) كما لو كان وجود قاعدة ما دليلا على شرعية تلك القاعدة .

المبحث السابع

العوامل التى تساهم فى تكوين القانون وتطويره

ثمة نوعان من العوامل يسهمان فى تكوين القانون وتطويره : عوامل ذات طبيعة أخلاقية نفسية ومقتضيات المصلحة الاجتماعية . هذان الاتجاهان يتلاقيان ويتكون منهما مضمون القانون .

---

(١) سبق أن قلنا إن القانون يعتبر ظاهرة طبيعية بمعنى أنها من مقتضى طبيعة الجماعة (ص ٢٢) ونبهنا بهذا إلى أن اعتبار القانون ظاهرة طبيعية أو ضرورية لا يقتضى أن يعامل معاملة العلوم الطبيعية أو يدرس على نحو ما تدرس تلك العلوم (هامش ١ ص ٢٢) .

(٢) مع أنه لا يمكن أن نستخلص من حكم متعلق بواقعة حكماً متعلقاً بقيمة تلك الواقعة فاذا اتفق شخصان على واقعة ما فلا يعنى هذا أنهما اتفقا على القيمة التى تعطى لهذه الواقعة .

ومن بين تلك العوامل توجد مجموعة من القيم الأخلاقية تهيمن على ضمير الجماعة وتحدث أثرها فى تكوين القانون . وفى مكان الصدارة من هذه القيم تأتى فكرة العدل باعتبارها الملهم والمكون لما سيكون فيما بعد قانوناً . وتقترب من فكرة العدل فكرة أخرى غالباً ماتختلط بها وهى فكرة العدالة التى ينبغى تمييزها باعتبارها المخفف لما يمكن أن يتسم به القانون الوضعى من شدة .

لذلك نتكلم أولا فى فكرة العدل ثم فى فكرة العدالة .

الفرع الأول

العدل

Justice

٥٨ — العدل إحساس يتجلى فينا على هيئة استحسان أو استهجان ، سرور أو ألم إزاء واقعة ما عند موافقة هذه الواقعة لضميرنا الأخلاقى أو مخالفتها له ، إذ نحس بالرضا والسعادة عند انتصار الحق واندحار الباطل ، كما نحس الغضب والأسى عند إدانة البرىء وتبرئة المذنب . هذا الإحساس الغامض ، الذى يشيع فى أعماقنا ويعيش فيها هو « الإحساس القانونى » ، « الضمير القانونى » ، « العقيدة القانونية » .

ويوجد هذا الإحساس بصفة عامة عند جميع الناس ، ولكنه يكون عند بعض الناس فى حالة بدائية غير واضحة المعالم ، فى حين أنه يكون عند غيرهم ، لما نالوه من علم ، قد نما ورهف وازداد عمقاً . ومن هذا الإحساس الذى يوجد عند الناس كافة يتكون الضمير القانونى الجماعى . إلا أن هذا الإحساس لايكون دائماً على حال واحد ، إذ يتغير مع الزمن ، فقد يبدو ظالماً نظام كان يبدو فيما قبل طبيعياً ومشروعاً كما فى نظام الرق . العدل

إذن يتغير كما أن القانون يتغير ، فليس ثمة عدل مطلق ، كما أنه لا يوجد قانون خالد يحكم الناس جميعاً .

٥٩ — معنى العدل وأنواعه : فكرة العدل من أصعب الأفكار وأكثرها إعناتاً ، وهذا يرجع إلى تعدد المعانى التى أعطيت لها عبر التاريخ ، والتى يجب فصلها بعضها عن بعض للوصول إلى نتيجة مرضية ، ولقد عنى أرسطو بتمييز العدل التوزيعى ، باعتباره خاصية من خواص المشرع ، قوامها توزيع المغارم والمغانم وفق ما يستحقه كل شخص ؛ والعدل التصحيحى باعتباره خاصة من خصائص القاضى ، وهو يتحصل فى العدل التبادلى ، أى تعادل الأموال المتبادلة ، وفى العدل الجزائى ومقتضاه توقيع العقاب على المذنب بقصد العمل على احترام النظام القانونى المعتدى عليه . وفى الجملة يقيم الفلاسفة الإغريق العدل على أساس المساواة والتناسب بين الأداء الذى قدمه أحد الطرفين ومقابل الأداء المقدم من الطرف الآخر . وعند الرومان يقيم أولبيان العدل على أساس مبدأ إعطاء كل شخص ما يستحقه suum cuique tribuere سواء أكان ما يستحقه ثواباً أو عقاباً أو اعترافاً بحق .

وفى النظريات الحديثة نجد آراء الشراح مع اختلافها وتشعبها تكاد تتفق فى إقامة العدل على أساس فكرة المساواة أو فكرة التناسب . ولقد لقيت هذه الفكرة تطبيقات جديدة فى كثير من العلوم : فى الاقتصاد نجد ما يسمى العدل التوزيعى الذى يقوم على أساس التناسب بين الأفراد والأموال التى يستحقونها ، وفى التشريع المالى نجد ما يسمى بالضريبة العادلة أو الظالمة بحسب ما إذا كانت تصيب الناس جميعاً بحسب قدرتهم أم لا ، وفى القانون الجنائى يدور النقاش حول ما إذا الغرض من العقاب هو تحقيق العدالة أو حماية الجماعة .

وعلى ذلك يقال إن القانون عادل إذا كان يعطى كلا ما يستحق وفقاً لمبدأ المساواة والتناسب فى حين يكون ظالماً القانون الذى يخرج على هذا المبدأ .

فالقانون الذى يعاقب بالسجن جريمة بشعة يكون عادلا ، أما القانون الذى يعاقب نفس الجريمة بعقوبة هينة فيكون قانوناً ظالماً . وكذلك يعد عادلا القانون الذى ينظم علاقات المستأجرين بالملاك على أساس التوفيق المتناسب بين مصالحهم المتعارضة ، فى حين يكون ظالماً القانون الذى يتبع معياراً مختلفا ، وهلم جرا .

٦٠ — ولقد اختلف فيما إذا كان العدل معياراً أم قاعدة . فذهب بعض الشراح إلى أنه معيار فقط ، بمعنى أنه يتدخل باعتباره ميزاناً يزن ويقدر النتائج القانونية التى تترتب على عمل الأفراد ، فهو لا ينظر فيما إذا كان العمل غير المشروع قد حوسب عليه صاحبه أم لم يحاسب ، ولا فيما إذا كان العمل الصالح من الناحية الاجتماعية قد كوفىء عليه صاحبه أم لم يكافأ ، فهذه آثار يرجع فيها إلى مقتضيات أخلاقية أو قانونية ، وإنما يتدخل العدل فقط ليقدر العقاب أو الثواب وفقاً لجسامة العمل أو قيمته ، أى أن العدل وفقاً لهذا الرأى ، لا يتدخل للمطالبة بالعقاب لمن أساء العمل وبالثواب لمن أحسنه وإنما يتدخل ليقدر العقاب أو الثواب إذا اقتضتهما اعتبارات أخرى . هو معيار للتقدير وليس قاعدة فى ذاته .

فى حين يذهب رأى آخر إلى أن العدل لا تقتصر وظيفته على أن تكون مجرد معيار يبين مقدار النتائج الحسنة والسيئة التى تترتب على عمل ما ، بل يقتضى أيضاً ترتيب هذه النتائج ، إذ يتطلب إعطاء كل شخص ما يستحق من ثواب أو عقاب على عمله الحسن أو السيىء ، وبمقدار ما يستحق . وبهذا يكون العدل قاعدة ومعياراً فى وقت واحد .

٦١ — على أن هذه الفكرة المجردة فى معنى العدل ليست تعنى أن العدل فكرة جامدة وموضوعية ، ذلك أن ممارسة العدل فى الحياة العملية يجعله غاية فى المرونة . والواقع أن فكرة العدل تناط باعتبارات ذات طابع شخصى

فتحديد ما هو مستحق والموازنة والمساواة ومناسبة الآثار وفقاً لقيمة العمل هى تقديرات تكون من الدقة والصعوبة بحيث يمكن أن تضيع فى متاهات التحكم وقد ينتهى الأمر بأن يصير ميزان العدل هو ضمير الفرد بل ضمير صاحب الشأن نفسه. إلا أن زمام الأمر فى العدل لايترك كله للتحكم، فهناك قدر أساسى تجتمع عليه آراء الناس فى وقت معين يصبح هو المعيار السائد فى الحكم على الأفعال. وبهذا يعتبر العدل جزءاً من تقديراتنا الخلقية، شعوراً أو فكرة أو ضرورة خلقية، أو موجهاً ودافعاً نحو نظام يعطى كلا ما يستحق. وعلى هذا النحو يكون العدل سبباً دافعاً على تكوين القانون وفقاً لما يجب، أو قوة تطالب وتنقد بل قد تقود إلى ثورات تطيح بالنظام الاجتماعى كله إذا لم يعد يتفق مع مستوى الأفكار الجديدة.

٦٢ — **العدل والقانون** : قلنا إن العدل هو الملهم والمكون للقانون، وأن المشرع يستلهم العدل فى سنه القوانين. وصحيح أن الناس يؤمنون أشد الإيمان بوجود العدل وأن قلوبهم لا ترضى أبداً بأن يكون هناك انفصال بين ما هو عدل وما هو قانونى. ومع ذلك فالقانون لا يقوم كله على العدل. فهناك دواعى المصلحة الاجتماعية تقتحم الباب وتقتضى المشرع أن يحسب حسابها، مما قد يؤدى لا إلى عدم تحقيق المثل الأعلى للعدل فحسب، بل قد يصل الأمر إلى وجود قانون ظالم إلى حد ما. وفى الحق أن القانون تنظيم شرع من أجل كيان الجماعة وحمايتها، فهو ضرورة وللضرورة أحكامها، وقد يكون من شأن هذا نسيان مايقتضيه العدل. ومن هنا وجد التعارض بين القانون والعدل.

فالقانون قاعدة مطبقة إجباراً وقهراً، أما العدل فشعور، أو فكرة، أو مثل أعلى يصاحب ويلهم تكوين القانون وتطوره. ولكنه يقف دائماً عند عتبة القانون. إنه يتوجه إلى المشرع لا إلى القاضى، الذى يتعين

عليه أن يطبق القانون ولو كان القانون مخالفاً للعدل . أما ما يسمى عدالة القاضي فتقتصر على وجوب تطبيق القانون تطبيقاً محايداً وموضوعياً وعلى نحو واحد بالنسبة إلى الناس جميعاً . فتلك وظيفته يمارسها داخل نطاق القانون ولا يجوز له أن يكون رقيباً على القانون ولا أن يحيد عن قواعده(١) .

والعدل يقتضي أن يقدّر العمل تقديراً ذاتياً مع مراعاة الظروف جميعها . أما القانون فيلجأ إلى طريقة التجريد والتعميم . ثم إن القانون ينطوي على درجة معينة من الشكلية والتشدد وهو ما لا يتفق مع المعيار الذي يتبعه العدل والذي يكون ذاتياً ومرناً دائماً ومتغيراً . إن عدل القانون يكون بالضرورة ناقصاً ، بل قد تكون إجراءاته على درجة معينة من الظلم ، ذلك أن القانون يتكون من قواعد شاملة وعامة ، فالقواعد الواضحة المنضبطة والموحدة هي وحدها التي تستطيع أن تدرأ المنازعات وأن توطد أسس التعايش. وقد يضطر القانون أمام تعقد علاقات الحياة وتعددها وتغيرها إلى أن يسوى بين أمرين مختلفين وأن يعامل غير الصحيح على أنه صحيح ، مضحياً إلى حد ما بما يقتضيه العدل . ثم إنه في كثير من العلاقات يعمد القانون إلى التوفيق بين المصالح المتعارضة فيؤدي هذا به إلى إيقاع ظلم جزئي وأخيراً قد تعرض ظروف استثنائية تقتضي فيها ضرورات الحياة القصوى التضحية بالعدل .

---

(١) بل لقد قيل إن فكرة العدل تتحد مع فكرة الضرورة الاجتماعية وأن الضرورة هي التي تخلق العدالة .

(Heimberger, Der Begriff der Gerechtsamkeit im Strafrecht Berl. 1903).

إلا أننا نقول — دون الذهاب إلى هذا الحد — إن هناك عاملين يسهمان في تكوين القانون وهما العدل ودواعي المصلحة الاجتماعية .

٦٣ — **أنواع العدل** : يقسم الشراح العدل إلى أقسام ثلاثة : العدل التبادلى ويكون فى علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، والعدل التوزيعى ويكون فى علاقات الجماعة بالأفراد باعتبارهم هذا ، والعدل الإجتماعى ويكون فى علاقات الجماعة بالأفراد باعتبارهم أجزاء فى الجماعة .

٦٤ — (١) **العدل التبادلى** justice commutative : وسمى العدل هنا تبادلياً لأن عمله يقع بمناسبة مبادلة الأشياء والخدمات بين الأفراد ، إذ يقتضى هذا العدل أن تكون هناك مساواة حسابية بين الأداءات المتبادلة فإذا أعطى شخص لآخر شيئاً فى مقابلة شىء أخذه هو وكانت قيمه الشىء الذى أخذه تزيد على قيمة الشىء الذى أعطاه كان فى حدود زيادة قيمة الشىء الذى أخذه قد استولى على شىء هو من حق الشخص الآخر ووجب عليه أن يرده حتى يتحقق التعادل بين ما أعطى وما أخذ . وبناء على ذلك يجب أن يرد المقترض إلى المقرض مقدار ما اقترض ، وأن يكون الأجر الذى يستحقه الشخص عن عمل أداه معادلا لقيمة ذلك العمل .

وليس يقتصر العدل التبادلى على العلاقات التعاقدية التى تنشأ بين الأفراد ، بل يطبق أيضاً على العلاقات غير التعاقدية ، فإذا تسبب شخص بخطئه فى الإضرار بغيره كان مقتضى العدل التبادلى أن يلتزم الأول بإصلاح الضرر الذى أصاب الثانى وأن يكون التعويض مساوياً للضرر .

٦٥ — (ب) **العدل التوزيعى** justice distributive : ويعمل هذا النوع من العدل فى نطاق ما يكون من علاقات بين الجماعة والأفراد باعتبارهم أفراداً . وسمى العدل توزيعياً لأنه يهيمن على توزيع مغانم الجماعة ومغارمها بين الأفراد . وأساس العدل التوزيعى هو المساواة . ولكن المساواة هنا ليست مساواة حسابية كما هو الحال فى العدل التبادلى ، إذ أن مقتضى العدل التوزيعى أن يكون التوزيع بين الأفراد بحسب ملكاتهم وقدراتهم

وحاجاتهم ، فلا يصح فى العدل التوزيعى أن يعامل الافراد على اساس المساواة الحسابية وهم يختلفون بعضهم عن بعض من حيث الملكية والقدرة والحاجة . وعلى ذلك تكون المساواة الصحيحة وفقاً للعدل التوزيعى هى امتناع المساواة فى معاملة أشخاص ليسوا سواء فى ملكاتهم وحاجاتهم وقدراتهم ، ولهـــذا كانت المساواة التى يقوم عليها العدل التوزيعى هى المساواة التناسبية التى تحسب حساب ما يكون بين الأفراد من فروق .

ففى توزيع مغانم الجماعة يزيد نصيب الفرد بزيادة قيمة الخدمة التى يؤديها للجماعة أو بزيادة حاجته . ولذلك اختلف أجر كبار الموظفين عن أجر صغارهم ، واختلف مقدار ما يزاد على أجر رب الأسرة بحسب عدد الأولاد الذين يعولهم .

وفى توزيع أعباء الجماعة يزيد نصيب الفرد من هذه الأعباء بحسب ثروته، ولهذا كانت الضريبة التصاعدية على الدخول أعدل من الضريبة التناسبية ، وكان إنقاص الضريبة بسبب الأعباء العائلية عادلا كذلك .

وفى المواد الجنائية يقتضى العدل التوزيعى أن تتناسب العقوبة مع جسامة ما تحدثه الجريمة من اضطراب فى المجتمع ، ومع مسئولية المجرم الشخصية أى مع جسامة خطئه .

٦٦ — (ج) العدل الجماعى أو القانونى justice sociale, légale:
ويكون فى علاقة الجماعة بالأفراد لا بوصفهم أفراداً بل بوصفهم أعضاء فى جماعة أى أجزاء فى كل . ولهذا سمى العدل جماعياً . ويختلف العدل الجماعى عن العدل التوزيعى : ففى حين يتحرك العدل التوزيعى من الجماعة إلى الأفراد يتحرك العدل الجماعى من الأفراد إلى الجماعة السياسية ، وفى حين يكون الدائن بالعدل التوزيعى هم الأفراد يكون الدائن بالعدل الجماعى هى الدولة ويكون المدينون بالعدل الجماعى أو القانونى هم الأفراد الملتزمون ، بوصفهم

أعضاء فى الجماعة ، حكاماً كانوا أم محكومين ، بأن يؤدوا إلى « الكل الجماعى » ما يستحقه من جانب أعضائه .

وأساس العدل الجماعى هو الصالح العام مع ما يترتب على ذلك من وجوب تسخير الأفراد لخدمة الجماعة ممثلة فى الدولة ، باعتبارهم أجزاءها المكونين لها ويكون حق الدولة فى هذا التسخير حقاً واجب الأداء .

فيجب للدولة على الفرد المواطن باعتباره جزءاً فى الكل الجماعى أن يؤدى ما يلزم لوجود هذا الكل واستقلاله وتكوين أعضائه وكفالة حسن سيرهم : فيجب عليه أن يؤدى الضريبة وأن يقوم بواجب الخدمة العسكرية وأن يسهم فى الوظائف العامة ، وفى الجملة يجب عليه أن يقدم جميع المعونات والمساعدات التى لا تستطيع الدولة باعتبارها شخصاً معنوياً ، أن تحصل عليها إلا من أعضائها وهم الأشخاص الطبيعيون المكونون له . وكذلك يجب للدولة على الفرد المواطن ، إذا كان حاكما ، أن يؤدى وظائفه بدقة وأمانة وإذا كان محكوما أن يطيع قوانين السلطة العامة وأوامرها المشروعة .

كذلك يجب للدولة على الفرد العضو توجيه مسلكه الخاص وإخضاع ماله الخاص للصالح العام : فلا يكفى أن يؤدى واجبه المدنى والسياسى والجماعى تجاه الدولة بل يجب عليه أيضاً أن يخضع كل ما يملك من عمل شخصى وأموال خاصة لخير الجماعة ممثلة فى الدولة .

ولا يقتصر عمل العدل الجماعى على علاقة الدولة بأجزائها المكونين لها ، بل يعمل أيضاً فى الجماعة الدولية ، إذ أن مقتضى العدل الجماعى ألا تعتبر كل دولة قائمة بنفسها مستقلة عن غيرها بل تعتبر الدول أعضاء فى جماعة أكبر وأوسع يجب أن تستطيع الشعوب الضعيفة أن تعيش فيها كغيرها من الشعوب وأن يكون لها حق فى الوجود مساو لحق غيرها . بل يجب فوق هذا أن يكون للشعوب الضعيفة حق فى أن تبذل لها الدول الأخرى المساعدة وأن تكفل لها أمنها وأن تعطى لها جزءاً من ثرواتها وهذا هو ما يسمى بالعدل الدولى justice internationale .

الفرع الثانى

العدالة

Equité

٦٧ — معنى العدالة : يوجد إحساس آخر، ومعيار أخلاقى هو العدالة، وهى غالباً ما تختلط بالعدل ولكنها تختلف عنه على ما سنرى . ولقد اختلف الشراح فى تحديد معنى العدالة : فتارة يقصد بها القانون الطبيعى والعقلى الذى يجب الرجوع إليه لسد نقص فى القانون الوضعى أو لتصحيحه ، وتارة يقصد بها قواعد الأخلاق وتارة ثالثة يقصد بها حكمة التشريع *ratis legis* التى يجب التعويل عليها فى التفسير المنطقى . والذى نختاره هو أن العدالة إحساس أخلاقى موجود فى الضمير الاجتماعى وظيفته المواءمة بين القاعدة القانونية وعلاقة معينة حددتها الظروف ، أو هى شعور إخلاقى يستلهمه القاضى فى أثناء محاولته تخفيف حكم قاعدة قانونية فى تطبيقها على حالة معينة عندما يأذن له القانون فى ذلك بنص استثنائى صريح .

إن القانون يضع قواعد مجردة وعامة لمجموعة غير محددة من الوقائع والعلاقات . وقد يحصل أن قاعدة عامة ، إذ تطبق على حالة معينة ، تصير ظالمة وتؤدى إلى ضرر أو التزام لامبرر له ، وعندئذ تتدخل العدالة لإزالة هذا التعارض بين القاعدة العامة والحالة الخاصة فتعدل من القاعدة بأن تخفف من شدتها أو لا تطبقها كلها أو بعضها ، وتصوغ منها قاعدة جديدة قوائم الحالة الخاصة .

٦٨ — الفرق بين العدالة والعدل : وعلى هذا النحو تعتبر العدالة نوعا من العدل ، أو هى العدل مطبقاً على حالة خاصة . إلا أنه هناك فروقا بين العدل والعدالة يتعين أن نبرزها ونعطى للعدالة معنى اكتسبته فى خلال

التاريخ . لقد ميز أرسطو بين الفكرتين فعرف العدالة بأنها تيسير الحل الذى نص عليه القانون .

فالعدل يتسم بالعمومية ، إذ أنه لا يعنى إلا بالمبادىء العامة ، أما العدالة فتهتم بالظروف الخاصة لكل حالة . ولذلك فإنها تختلف من حالة لأخرى ، وتتكيف بحسب كل حالة وتستجيب لمختلف الدوافع الأخلاقية . ثم إن العدل يتميز بالصلابة والتشدد فكما يرضيه أن يقضى ببراءة البرىء يرضيه أن يقضى بإدانة المذنب ، أما العدالة فتبتغى دائماً نوعاً من العطف والإنسانية والرحمة من شدة القوانين فى حالة معينة . فهى المنفذ التى تدخل منه إلى القانون مقتضيات الرحمة والإنسانية والخيرية ولو بتضحية مقتضيات العدل(١).

والعدالة تتسم بطابع شخصى عاطفى أظهر مما فى العدل فهى تمثل الإنسانية فى القانون إذ تعمل على إزالة المفارقات وتخفيف ما يكون من حدة وتشدد فى مضمون القواعد القانونية . وبهذا يوجد عامل مرن ، شخصى ، يتراءى أثره فى ضمير الأفراد بطريقة تختلف من شخص لآخر ، وهذا يفضى حتما إلى خطر التحكم .

٦٩ — دور العدالة : تؤدى العدالة كل ما يؤديه العدل . فباعتبارها إحساساً ومقتضى خلقياً تلهم وتحض على عمل القانون ، ويمكن مع الزمن أن تتحول إلى قواعد أو نظم قانونية على نحو ما حصل فى الإبطال للغبن (م ١٢٩) وفى الأخذ بنظرية السبب فى التصرفات القانونية (م ١٣٦) وفى رد ما ليس مستحقاً فى الذمة (م ١٨١ إلى ١٨٦) وفى الإثراء بلا سبب (م ١٧٩) والتعسف فى استعمال الحق (م ٤ و ٥) . ولكن إلى أن يتحقق هذا التحول وإلى أن يعترف المشرع إيجابياً بقواعد العدالة لا تكون العدالة

(١) ولقد كان لعدالة البريتور أثر كبير فى القانون المدنى تجلت فى الاهتمام بحسن النية فى الالتزامات والميل الى التحرر من الشكليات وتغليب نية الطرفين الخ .

قانوناً ، ويعد القاضى مرتكباً غلطاً جسيماً إذا أراد أن يخالف قانون بلده معدلا إياه باسم العدالة أو لما يعتقد أنه العدالة . وإذن ليس للعدالة قيمة قانونية مصححة أو مكملة للقواعد القانونية : إنها تتجه إلى المشرع لا إلى القاضى ، ولا يجوز للقاضى أن يأخذ بأسبابها إلا إذا رخص له القانون فى ذلك صراحة .

٧٠ — وثمة حالات كثيرة فى القانون يرخص فيها المشرع للقاضى أن يأخذ بأسباب العدالة : من ذلك مثلا نصه فى الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدنى على أنه « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية فإذا لم توجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة » . وكذلك نصه فى المادة ٩٥ من القانون المدنى على أنه « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة » ، ونصه فى المادة ١٤٨ / ٢ مدنى على أنه « لا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » ، ونصه فى المادة ١٦٦ على أن « من أحدث ضرراً وهو فى حالة دفاع شرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس الغير أو ماله كان غير مسئول على ألا يجاوز فى دفاعه القدر الضرورى وإلا أصبح ملزماً بتعويض تراعى فيه مقتضيات العدالة » ، ونصه فى المادة ٩٣١ على أنه « إذا التصق منقولان لمالكين مختلفين بحيث لا يمكن فصلهما دون تلف ولم يكن هناك اتفاق بين المالكين ، قضت المحكمة فى الأمر مسترشدة بقواعد العدالة .. » الخ .

فى هذه الأحوال وفى غيرها يحيل القانون القاضى إلى ضميره الشخصى وإلى الإحساس العام بالعدالة . ولكن فيما عدا الحالات التى يجيز فيها المشرع للقاضى أن يلجأ إلى معايير العدالة ويدعوه إلى تطبيق القانون على حالات معينة ، لا يكون للعدالة مجال تطبق فيه ، ما دام النظام القانونى مستقراً ويؤدى وظيفته على وجه منتظم ، ذلك أن القانون الوضعى يكفى بذاته لتنظيم العلاقات . أما إذا أريد أن يضحى به من أجل العدالة فإن ذلك يخل بالمساواة الواجبة بين الأفراد وبالاستقرار الواجب للنظام الاجتماعى .

٧١ — ويلاحظ أن دور العدالة يختلف بحسب ما يبلغه النظام القانونى من تقدم : ففى بلد لا يزال النظام القانونى فيها بدائياً تقوم العدالة بدور هام عن طريق الشراح والقضاة ، على نحو ما كان الحال عليه عند الرومان حيث لعب القانون البريتورى دوراً هاماً . أما حيث يبلغ القانون درجة النضج وتمس الحاجة إلى الثبات والطمأنينة تتخلى العدالة عن مكانها وتقبع فى ركن تأوى إليه . ولا غرابة فى ذلك ، فالواجب أن يتراجع العقل الباطن القانونى أمام قانون وضعت قواعده فى إمعان وتدبر .

الفصل الثانى

القانون باعتباره مجموعة من التكاليف
(أنواع القواعد القانونية)

٧٢ — حاصل النظام القانونى أنه مجموعة من التكاليف ، كما يكون محلها فرض مسلك إيجابى يكون محلها فرض مسلك سلبى . وبذلك تتكون القاعدة القانونية إما من أمر وإما من نهى . والقاعدة القانونية من حيث مضمونها تتكون من جزئين : الواقعة محل التكليف والآثار القانونية التى تترتب على تلك الواقعة . عندئذ تكون القاعدة قائمة برأسها وكاملة . غير أنه قليلا ما نجد فى التنظيم الحالى للقوانين قواعد من هذا القبيل وذلك لأن فن القوانين الحديث، بالنظر إلى تعقد مضمون القاعدة القانونية يقسم القاعدة إلى نصوص تعتبر أجزاء من تلك القاعدة . فالقاعدة القانونية لا تأتى فى الأصل على هيئة كل قائم بذاته ، أى تنظيم كامل للواقعة بل تنقسم إلى عدة نصوص تبين تارة الواقعة التى حصل تنظيمها ، والشروط التى يجرى بها تنظيم تلك الواقعة تارة ثانية والتنظيم القانونى التى تخضع له الواقعة كلها أو جزء منها تارة ثالثة . ولهذا يكون كل نص مجرد عنصر واحد من بين العناصر التى تتكون منها القاعدة . ومن هنا كان تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد قائمة بذاتها وقواعد غير قائمة بذاتها .

ثم إن القواعد القانونية ليست سواء من حيث إرادة الأفراد ، بل منها مالا يجوز للأفراد الاتفاق على مخالفته ومنها ما يجوز لهم أن يتفقوا على خلافه . ومن هنا كان تقسيم القواعد القانونية إلى قواعد مطلقة وقواعد نسبية .

وأخيراً تنقسم القواعد القانونية من حيث سلطة القاضي في تطبيقها إلى قواعد جامدة وقواعد مرنة .

تلك أهم تقسيمات القواعد القانونية نتكلم فيها تباعاً .

المبحث الأول

القواعد القائمة بذاتها وغير القائمة بذاتها

٧٣ — أساس هذا التقسيم هو كون القاعدة مستقلة عن غيرها من القواعد أو متصلة بقواعد أخرى ، فالقاعدة القائمة بذاتها هي التي تبين بمفردها التكليف الإيجابي أو السلبي بصورة كاملة لا تتوقف في ذلك على غيرها من القواعد . أما القاعدة غير القائمة بذاتها فلا يكون لها معنى إلا إذا وصلت بغيرها من القواعد التي تحدد أو تقيد أو تمنع . والقواعد غير القائمة بذاتها هي أجزاء من التكليف القانوني لا يمكن الحكم عليها إلا بالرجوع إلى التكاليف التي تكمل هي مضمونه أو تقيده أو تعينه . ومثال هذا النوع من القواعد ما يأتي :

٧٤ — (١) القواعد المقررة أو المفسرة للتشريع ، وهي تلك القواعد التي يقصد بها بيان معنى عبارات التشريع[١] أو تحديد مضمونها[٢] أو توضيح الغموض الذي يكتنف تطبيق قواعد أخرى (٣) . وفي هذه الأحوال لا يكون للتفسير الذي يصدر من المشرع مجرد قيمة لغوية بل تكون له قيمة

---

(١) مثال ذلك نص المادة ٨٢ مدني التي تعرف العقار والمنقول . والمادة ٨٤ مدني التي تعرف الأشياء القابلة للإستهلاك ، والمادة ٨٥ مدني التي تعرف الأشياء المثلية .

(٢) مثال ذلك المادة ٢٠٦ التي تحدد مضمون الالتزام بنقل حق عيني فتقول إن الالتزام بنقل حق عيني يتضمن الالتزام بتسليم الشيء والمحافظة عليه حتى التسليم .

(٣) مثال ذلك المادة ٣٥١ التي تبين الأحكام التي تسرى على الوفاء بمقابل .

قانونية إذ يقتضى المشرع بأن تفهم عبارات معينة على النحو الذى بينه وليس على نحو آخر . ويعتبر النص المفسر جزءا من النص الذى حصل تفسيره ويشكل معه تكليفاً واحداً [١] . وهذا هو مايسمى بالتفسير الرسمى .

ويمكن ونحن بصدد الكلام فى القواعد المقررة أو المفسرة للتشريع أن نجرى تقسيما فرعياً لهذه القواعد ، فنقول إن القواعد المقررة أو المفسرة للتشريع قد تكون :

(ا) قواعد مفسرة بالمعنى الضيق ، وهى التى تفسر قاعدة أخرى بأثر يرجع إلى وقت صدور تلك القاعدة أى يستند إلى الماضى (بأثر رجعى ex tunc) .

(ب) وقواعد مفسرة بالمعنى الواسع وهى التى يبدأ أثرها التفسيرى من وقت صدورها لا من وقت صدور القاعدة التى يراد تفسيرها . وتسمى هذه القواعد المفسرة قواعد مجددة ، وتكون فى حالة ما إذا أراد الشارع أن ينحرف عن القواعد التى كانت مطبقة من قبل . ولهذا يكون أثر هذه القواعد مقصوراً على المستقبل فقط ex nunc .

٧٥ — (٢) التعريفات القانونية : ويمكن اعتبارها نوعاً من القواعد المفسرة ، ذلك أن التعريف ليس إلا تفسيراً نهائياً لمبدأ أو نظام ، يحصل بداعى الصياغة التشريعية تفادياً لتكرار أو خلط .فالمشرع وهو بسبيل تنظيم علاقة يعمد من باب تبسيط نصوصه إلى أن يحدد سلف معنى العلاقة التى يريد تنظيمها وينص على الشروط الأساسية التى تكفل تطبيق قواعد أخرى(٢) . والأصل أن يأتى التعريف موضحاً للمبدأ . ولكنه قد يأتى غير دقيق

(١) وهذا هو العلة فى إلزاميته أى أن إلزاميته لا ترجع إلى أنه أمر إلى القاضى بفهم النص على الوجه المقصود ، ذلك أن الأمر إلى القاضى بالتطبيق يقارن جميع القواعد القانونية .

(٢) مثال ذلك المادة ٣٩٠ التى تعرف الورقة الرسمية .

أو ناقصاً، وعندئذ يتعين تكميله أو تصحيحه بنصوص أخرى ومن هنا كانت سياسة وضع تعريفات من جانب المشرع أمراً غير مرغوب فيه .

وفى القانون المدنى غير قليل من التعريفات منها تعريف الموطن (م ٤٠) وتعريف العقار والمنقول (٨٢) وتعريف الشرط (م ٢٦٥) والأجل (م ٢٧١) وتعريف مبدأ الثبوت بالكتابة (م ٤٠٢/ ٢) وتعريف الإقرار (م ٤٠٨) وتعريف المقاولة (م ٦٤٦) وعقد العمل (م ٦٧٤) والوديعة (م ٧١٨) وحق الارتفاق (م ١٠١٥) والرهن الرسمى (م ١٠٣٠) والامتياز (م ١١٣٠) .

٧٦ — (٣) قواعد احالة : وهى قواعد ليس لها مضمون بذاتها ، بل تحيل فى تنظيم حالة معينة على قاعدة أو مجموعة قواعد وضعت لعلاقة أخرى ، ومثالها ما ورد فى المادة ٣٥١ التى تحيل فى تنظيم الوفاء بمقابل على أحكام البيع وأحكام الوفاء ، والمادة ٤٨٥ التى تحيل فى تنظيم المقايضة على أحكام البيع .

وشبيه بقواعد الإحالة قواعد التنازع وهى القواعد التى تسوى النزاع بين عدة قوانين يطالب بتطبيقها على وقائع أو علاقات معينة ، كالنزاع الذى يكون بين قانون ملغى وقانون جديد فيما يتعلق بوقائع نشأت فى ظل قانون ملغى واستمرت حتى صدر قانون جديد ، وتسمى هذه القواعد بالقواعد الانتقالية(١) droit transitoire والنزاع بين قانون وطنى وقانون أجنبى ويرجع فى هذا النزاع إلى قواعد القانون الدولى الخاص(٢).

٧٧ — (٤) الجازات القانونية : وهذه إحدى وسائل الصياغة التشريعية

---

(١) مثال ذلك المواد من ٦ إلى ٩ فى القانون المدنى .

(٢) مثال ذلك المواد من ١٠ إلى ٢٨ من القانون المدنى .

يقصد بها نقل حكم قانونى من واقعة إلى واقعة أخرى لإعطاء الثانية حكم الأولى لما بينهما من تشابه أو لأسباب أخرى . إلا أنه بدلا من الاقتصار على مجرد بسط حكم واقعة إلى واقعة أخرى تعتبر الواقعة الثانية كأنها الواقعة الأولى على خلاف الحقيقة بحيث يسرى عليها حكم الواقعة الأولى . ذلك أنه قد تقتضى الشارع حاجة عملية إلى خلق افتراضات إما لإدخال قواعد قانونية مرغوب فيها ولكن بطريقة لايترتب عليها إيراد نصوص تبدو متعارضة أو شاذة . وإما رغبة فى التبسيط والإيضاح فى القانون . ويلاحظ أنه لا يترتب على المجاز أن يعتبر ما ليس بالحقيق أمراً حقيقياً ، وإنما تترتب فقط نفس النتائج التى كانت لتترتب لو كان الأمر حقيقة واقعة ، فهو مجرد تشبيه قانونى أو معاملة علاقتين مختلفتين فى ذاتهما معاملة واحدة ، أى أن المشرع يعتبر الواقعة (ا) من الناحية القانونية كما لو كانت هى الواقعة (ب) .

ونادراً ما يلجأ المشرع الحديث إلى المجاز . ومثال المجاز فى القانون إستناد تحقق الشرط الى الوقت الذى نشأ فيه الالتزام (م ٢٧٠) ، وإعادة المتعاقدين فى حالة إبطال العقد أو بطلانه إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد (م ١٤٢) ، واستناد الإجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد (م ١٣٩ / ٢) ، واعتبار السكوت عن الرد تعبيراً عن الإرادة بما يفيد القبول (م ٩٨ / ٢) .

والعلم لا يرضى عن المجاز ، إذ المجاز ستر للحقيقة . والعلم الذى يناط به تحرى الحقيقة لا يقنع بالحيلة . إن كل مجاز فقهى هو مسألة لم تحل ، وما المجاز إلا تصوير مؤقت يلجأ اليه انتظاراً للكشف عن الحقيقة . إنه بمثابة عكاز يستعمله من لا يستطيع السير على قدميه .

وقريب من المجازات القانونية القرائن القانونية التى تغنى من تقررت لمصلحته عن أية طريقة أخرى من طرق الإثبات . وقد تكون القرينة

القانونية بسيطة فيجوز نقضها بالدليل العكسى ومثالها اعتبار الوفاء بأجرة شهر قرينة على الوفاء بأجرة الشهور السابقة (م ٥٨٧ مدنى). وقد تكون القرينة القانونية قاطعة فلا يجوز قبول دليل ينقضها ، ومثالها أن الأحكام التى حازت قوة الأمر المقضى تكون حجة بما فصلت فيه من الحقوق ، إذ ينص القانون على أنه لا يجوز قبول دليل ينقض هذه القرينة (م ٤٠٥).

المبحث الثانى

القواعد المطلقة والقواعد النسبية

٧٤ ــ عندما يعتد القانون فى أداء وظيفته بإرادة الأفراد يفعل ذلك بإحدى طريقتين . إما بإعطائها فاعلية مشروطة وإما بالقيام مقامها عند تخلفها . ومن هنا أمكن أن تختلف العلاقة بين القاعدة القانونية وإرادة الأفراد باختلاف الأحوال . فإما أن تفرض القاعدة القانونية نفسها بصورة مطلقة دون توقف على إرادة الأفراد بل على الرغم من هذه الإرادة ، وإما أن يقتصر عمل القاعدة القانونية على معاونة إرادة الأفراد . فى الحالة الأولى يوجد نظام قانونى واحد لا يتغير ، وفى الحالة الثانية يعمد القانون إلى إعمال التنظيم الذى وضعه أصحاب الشأن . فإذا لم يوجد هذا التنظيم تدخل القانون وأملى القاعدة . فى الحالة الأولى ينسد الباب فى وجه المبادرة الفردية ، أما فى الحالة الثانية فينفتح الطريق أمام إرادة الأفراد . فى الحالة الأولى تكون القاعدة مطلقة ، وفى الحالة الثانية تكون القاعدة نسبية . وعلى ذلك تنقسم القاعدة القانونية من حيث اعتدادها بإرادة الأفراد إلى قاعدة مطلقة وقاعدة نسبية . وهما ما جرى الاصطلاح على تسميتهما بالقاعدة الآمرة والقاعدة المفسرة أو المكملة .

الفرع الأول

القاعدة المطلقة (الآمرة)

٧٥ — القاعدة المطلقة هى تلك التى تفرض نفسها بصورة مطلقة دون توقف على إرادة الأفراد ، بل على الرغم من هذه الإرادة . وقد تكون إيجابية إذا كانت تفرض أمراً ، وقد تكون سلبية إذا كانت تشتمل على تحريم . وبذلك تنقسم القاعدة المطلقة إلى قاعدة آمرة وقاعدة ناهية . وسميت مطلقة لأنها توجب على الأفراد ، بصورة غير مشروطة ، اتباع مسلك معين أو الامتناع عن مسلك معين ، دون أن يجوز لهم البتة الخروج عليها فى اتفاقاتهم . ومن هنا تميزت القاعدة المطلقة بعدم جواز الاتفاق على مخالفتها أو التهرب من الآثار التى فرضها النظام القانونى . أى أن إلزاميتها مطلقة غير مقيدة بقيد ولا مشروطة بشرط . وتبين القاعدة الإيجابية العناصر الموضوعية والشكلية التى يترتب على توافرها فى وقائع معينة أن تنتج هذه الوقائع آثارها . ومن الطبيعى أن يجوز للأفراد أن يمارسوا نشاطهم ولكن داخل نطاق هذه العناصر ، بمعنى أنه يجوز لهم توفير شروط تحقيق النتيجة القانونية فإن لم يوفروا هذه الشروط لا تتحقق النتيجة المطلوبة ، إذ تقع تصرفاتهم باطلة فى نظر القانون . أما القوعد الناهية فتحد من حرية الأفراد إذ تقتضى الامتناع عن القيام بأعمال معينة ولا ترتب أى فاعلية قانونية على التصرفات التى تكون مخالفة لهذه النواهى .

الفرع الثانى

القاعدة النسبية (المكملة)

٧٦ — القاعدة النسبية هى تلك التى لا تقتضى الأفراد اتباع مسلك معين أو الامتناع عنه ، بل تستهدف معاونة الأفراد فيما تتجه إليه إرادتهم ،

بقصد ترتيب آثار قانونية معينة . وتشمل القاعدة النسبية ما يسمى القاعدة المكملة التى قصد بها أن تسد ما يكون من نقص فى تصرفات الأفراد ، فهى بمثابة النموذج الذى يجوز للأفراد أن يقتبسوا منه ما ينظمون به اتفاقاتهم إن اختاروا ذلك ، والذى ينطبق عند عدم وضعهم تنظيما معيناً فى اتفاقهم . ومن هنا كان الطابع النسبى لهذه القاعد فهى تنطبق فى حالة عدم اتفاق الطرفين على تنظيم اتفاقهم فى مسألة معينة ، إذ معنى هذا أنه يجوز للأفراد أن ينظموا اتفاقاتهم على نحو يختلف عن الطريقة التى ينظم بها القانون مثل هذه الاتفاقات . وبذلك تكون إلزامية هذا النوع من القواعد نسبية ، أو احتياطية ، فهى نسبية بمعنى أنه لا إلزام على المتعاقدين فى الأخذ بمقتضاها ، واحتمالية بمعنى أنها (أى الإلزامية) لا تتحقق إلا عند عدم تنظيم الطرفين تصرفاتهم على نحو آخر . قصارى القول أن القواعد المكملة قواعد ملزمة ولا يمنع من كونها ملزمة أن يجوز للمتعاقدين الاتفاق على خلاف ما تقضى به تلك القواعد ، إذ تكون هذه القواعد واجبة الاحترام والطاعة إذا لم يتفقوا على خلافها ، هى إذن تنظيم علاقات معينة على نحو معين ، تنظيما يلزم المتعاقدين فى حالة عدم اتفاقهما على تنظيم آخر إذ تنطبق القاعدة المكملة من تلقاء نفسها وتكون هى التى تحدد الآثار القانونية [1] .

٧٧ — ويترتب على وجود القواعد المكملة أن ترفع عن المتعاقدين

---

(١) ولا يصح اعتبار تنظيم الأفراد علاقاتهم على نحو يخالف ما قررته القاعدة المكملة خروجاً على حكم هذه القاعدة . فليس فى هذا الوضع خروج ، بل تنحصر المسألة فى اختلاف مدى التكليف الذى تتضمنه القاعدة القانونية . وتتميز القاعدة القانونية المكملة بأن فعاليتها مشروطة بعدم وجود تنظيم يضعه أشخاص العلاقة ، أى أن شروط انطباق القاعدة المكملة هو عدم وجود تنظيم مخالف لها من جانب أصحاب العلاقة ، وبذلك تكون المسألة ليست مسألة جواز الخروج على القاعدة القانونية المكملة بل مسألة توافر شرط انطباق تلك القاعدة وإذن يمكن تعريف القاعدة المكملة تعريفاً لا يثير أى شك فى طابعها الملزم ، فنقول إن القاعدة المكملة هى القاعدة التى يشترط لتطبيقها ألا يكون هناك تنظيم وضعه أصحاب العلاقة لتنظيم تلك العلاقة .

ضرورة تنظيم جميع المسائل القانونية ، فهى تضع قواعد دقيقة تنظم آثار العلاقة التى أنشأها الطرفان . وهذه النصوص غالباً ما تشتمل على الشروط المألوفة التى درج الأفراد على وضعها فى العقود التى يبرمونها فيما بينهم ، فهى إذن من رواسب الشروط التعاقدية التقليدية وهى بهذا تمثل القصد النموذجى فى العلاقة وفقاً للظروف والأحوال الاقتصادية .

إلا أنه يجب ألا يظن أن القواعد المكملة إنما تستند إلى إرادة المتعاقدين الضمنية ، إذ لو صح ذلك لكان من الممكن استبعاد تطبيقها إذا أثبت المتعاقدان أنهما يجهلان النتائج التى نص عليها القانون ، أو كان علمهما بها غير مطابق للواقع . وهذا غير صحيح . فالقاعدة المكملة لا تتوقف فى إلزاميتها على علم المتعاقدين بها ، وبالتالى لا تستند إلى إرادة المتعاقدين الضمنية ، هى ملزمة ، لا لأنها تمثل إرادة المتعاقدين الضمنية بل لأن القانون قصد بها أن تقوم مقام تنظيم لم يعمله الطرفان ، مستهدياً فى ذلك بما يعمله المتعاقد النموذجى فى تنظيم علاقته التعاقدية .

٧٨ — القواعد المفسرة والقواعد المكملة : غالباً ما تأتى عبارة القاعدة المفسرة مقترنة بعبارة القاعدة المكملة فى معرض الكلام فى القواعد التى يجوز الاتفاق على خلافها . والحقيقة أن بين القاعدتين اختلافاً يمنع أن تكون كل منهما مرادفة للاخرى . فالقاعدة المفسرة لا تعمل إلا عندما يكون هناك تنظيم تصرفى أنشأه الطرفان ولكن يكتنف الغموض بعض عبارات ذلك التنظيم التصرفى بأن يجىء التعبير عن الإرادة غامضاً أو غير منضبط فتتدخل القاعدة المفسرة لبيان الكيفية التى يتحدد بها مضمون ذلك التعبير حتى يمكن أن تترتب عليه الآثار القانونية الصحيحة . أى أن القاعدة المفسرة تبين ، عند غموض التعبير ، ما يعد مضموناً لذلك التعبير . وبذلك

تكون وظيفتها هو توضيح معنى التعبير ويكون هدفها هو تحديد المضمون الصحيح للتعبير التصرفى .

أما القاعدة المكملة فتتدخل فقط عند وجود نقص فى التعبير عن الإرادة ، فهى تعمل فقط عندما لايكون هناك تعبير عن الإرادة من جانب المتعاقدين فى مسألة معينة . هى إذن تضع تنظيما احتمالياً . ومن هنا كان لكل من القاعدة المكملة والقاعدة المفسرة طابع قانونى يختلف عن طابع الأخرى ، إذ تفترض الأولى « النقص » فى بعض نواحى التصرف الذى أبرمه الطرفان . أما الثانية فتفترض « الوجود » الذى يحيط به الغموض . ثم إنه من السهل أن نتصور كيف يتفق الطرفان على مخالفة القاعدة المكملة بأن يرتبا الآثار القانونية لتصرفهما على نحو يخالف التنظيم الذى نصت عليه القاعدة المكملة ، فى حين أنه يصعب تصور كيف يستبعد الطرفان تطبيق القاعدة المفسرة لاسيما إذا عرفنا أن المخاطب بالقاعدة المفسرة هو القاضى وليس طرفا التصرف . فإذا كان مقتضى القاعدة المفسرة التى وردت فى المادة ٢/١٥٠ أنه « إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ » فلا يسهل تصور كيف يستبعد الطرفان تطبيق هذه القاعدة . إن القاعدة المفسرة ليست تدخل فى نطاق عمل الطرفين ولذا لا يستطيعان استبعادها . اللهم إلا إذا قلنا إن استبعاد الطرفين للقاعدة المفسرة يتحقق إذا تحريا الدقة والوضوح فى وضع عبارات الاتفاق ، الأمر الذى يجعل اتفاقهما بمنأى عن انطباق القواعد المفسرة بشأنه . وفى هذا القول نظر .

من اجل هذا لا يجوز معاملة عبارة القاعدة المفسرة على أنها مرادفة لعبارة القاعدة المكملة فلا يجوز أن يقال إن القاعدة المكملة أو المفسرة بل يقال القاعدة المفسرة والقاعدة المكملة على اعتبار أن كل من العبارتين لها مدلول يختلف عن مدلول الأخرى .

الفرع الثالث

معيار تمييز القاعدة المطلقة عن القاعدة النسبية

٧٩ — ليس المعيار فى معرفة القواعد المطلقة من القواعد النسبية هو فى اختلاف مجال عمل كل منهما . فليس صحيحاً أن قواعد القانون العام كلها قواعد مطلقة وأن قواعد القانون الخاص هى دائماً قواعد نسبية ، صحيح أن القانون العام تغلب فيه القواعد المطلقة بالنظر إلى أن المصالح العامة تأخذ مكان الصدارة فيه ، فى حين أن القانون الخاص تغلب فيه القواعد النسبية بالنظر إلى أنه ينظم أساساً المصالح الفردية ، إلا أن هذا لا يمنع من أنه توجد فى القانون العام قواعد يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها ، كما هو الحال فى قانون المرافعات حيث يجوز للمتقاضين الاتفاق على تغيير الاختصاص المحلى (م ١٣٦ مرافعات) . كما أن القانون الخاص زاخر بالقواعد التى لا يجوز الاتفاق على خلافها ، كالقواعد المتعلقة بالأسرة وقواعد الميراث وقواعد الشهر والقواعد التى تبطل التصرفات القانونية لعدم مشروعيتها الخ .

وقد تفيد العبارة التى ترد بها كل من القاعدة المطلقة والقاعدة النسبية فى معرفة هذه من تلك . فقد تدل عبارة « لا يجوز الاتفاق على . . . » « ويقع الاتفاق باطلا » على أن القاعدة مطلقة لعدم جواز الاتفاق على مخالفتها . كما يمكن أن تدل عبارة « إلا إذا اتفق على خلاف ذلك » على أن القاعدة نسبية . إلا أن هذا المعيار ليس كافياً .

٨٠ — والأولى الرجوع إلى أساس القاعدة ، إلى الحكمة منها *ratio iuris* ، فإذا كان هدفها المباشر هو حماية المصلحة العامة كحماية الأسرة ، واستقرار المعاملات ، وتحقيق الحاجات العليا المشتركة ، وحماية

النظام السياسى فى الدولة كانت القاعدة مطلقة ، وذلك لأنه لا يجوز تضحية المصالح العامة من أجل مصلحة الفرد . بخلاف ما إذا كان هدف القاعدة المباشر هو حماية المصالح الفردية ، إذ تكون القاعدة عندئذ قاعدة نسبية .

والأهمية العملية للتفرقة بين القاعدة المطلقة والقاعدة النسبية هى أن الاتفاقات أو التصرفات التى تخالف قاعدة مطلقة تكون باطلة مطلقاً فى حين أن التصرفات التى تستبعد تطبيق قاعدة نسبية تكون صحيحة ، ولا تعد مخالفة للقانون ، لأن المتعاقدين إذ يتفقان على خلاف القاعدة النسبية إنما يفعلان ذلك بترخيص من القانون ذاته .

على أن الذى ينبغى ملاحظته هو أن التفرقة بين القواعد المطلقة والقواعد النسبية ليس أساسها هو أن الأولى ملزمة وأن الثانية ليس ملزمة . فكلا النوعين ملزمان وإنما ينحصر الفرق بينهما فى درجة الإلزام فالقواعد المطلقة ملزمة إلزاماً لا يجوز الإفلات منه باتفاق مخالف والقواعد النسبية ملزمة ولكن يجوز التخلص من إلزاميتها باتفاق مخالف . الفرق بينهما ليس إذن فى الطبيعة أو الموضوع وإنما هو فى درجة الإلزام .

الفرع الرابع

النظام العام والآداب

٨١ — وغالباً ما يميز الشراح بين القواعد المطلقة والقواعد النسبية من وجه آخر أكثر غموضاً وهو أن القواعد المطلقة تتصل بالنظام العام والآداب وأن الثانية لا تتصل بالنظام العام والآداب . وهذا يقتضينا أن نتكلم فى كل من النظام العام والآداب .

المطلب الأول
النظام العـام

Ordre public

٨٢ — فكرة النظام العام من الأفكار التى يصعب تحديدها وضبطها. ولقد وجد اصطلاح « النظام العام » للمرة الأولى فى المادة ٦ من التقنين المدنى الفرنسى . وفى التقنيات التى وضعت بعد التقنين المدنى الفرنسى كالتقنين الإسبانى (م ١١) والتقنين اليابانى (م ٣٠) والتقنين البرازيلى (م١٧) والتقنين السويسرى (م ٢) يستعمل اصطلاح النظام العام فى القول إنه فى الحالات التى تعين فيه نصوص القانون الداخلى قانوناً أجنبياً لا يطبق هذا القانون إذا كان مخالفاً للنظام العام . ولقد أراد المشرع الألمانى أن يتفادى عدم الدقة التى تنطوى على فكرة النظام العام فنص على أنه يجب استبعاد تطبيق القانون الأجنبى إذا كان هذا التطبيق مخالفاً لحسن الآداب أو لهدف التشريع الألمانى . ولقد قصد بهذه العبارة الأخيرة الإشارة إلى النظام العام على اعتبار أنه الهدف الذى تقصد التشريعات حمايته . أما التقنين المدنى المصرى الحالى فقد استعمل عبارة النظام العام فى أكثر من موضع : استعملها فى المادة ٢٨ حيث قال « لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبى عينته النصوص .. إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام أو للآداب فى مصر». وفى المادة ١٣٥ حيث قال « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » ، وفى المادة ١٣٦ حيث نص على أنه « إذا لم يكن للالتزام سبب أو كان سببه مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا» . وفى المادة ٢٠٠ فقال إنه « ... لا يجوز أن يقوم التزام طبيعى يخالف النظام العام» ، وكذلك فى المادة ٥٥١ التى تنص على أنه « لا يجوز الصلح فى المسائل المتعلقة بالنظام العام » .

٨٣ — تحرير فكرة النظام العام : إن النظام القانونى الذى تضعه الدولة لم يوضع من أجل نفسه بل وضع لأجل الجماعة ، للمحافظة عليها والنهوض بها ، وهذه هى الأهداف العامة لكل نظام قانونى . وغنى عن البيان أن كل علاقة قانونية ينظمها القانون إنما تختلف أهميتها بحسب موقعها من الأهداف الرئيسية للنظام القانونى أى أهداف المحافظة على الجماعة والنهوض بها . فمن العلاقات ما لا يكون لازماً لتحقيق تلك الأهداف ولا يرى القانون موجباً لأن ينظمه بقواعد مطلقة ، فى حين توجد علاقات أخرى تكون من الأهمية لتلك الأهداف بحيث يكون تنظيم تلك العلاقات لازماً لتحقيق أهداف المحافظة على الجماعة والنهوض بها ولهذا يكون لزاماً على القانون أن ينظم تلك العلاقات بقواعد يزودها بسلطة تكليفية مطلقة . فى النوع الأول من العلاقات لايجد القانون حرجاً فى أن يترك للأفراد حرية تنظيم العلاقات التى تنشأ فيما بينهم على النحو الذى يرونه أفضل ، فيرخص لهم فى أن يضعوا القواعد التى تنظم هذا النوع من العلاقات ، وبذلك تكون فاعلية هذه القواعد مستمدة ، لا من النظام القانونى بل من الرخصة التى منحها ذلك النظام لأشخاص تلك العلاقة . فإذا لم يستعمل الأفراد تلك الرخصة المعطاة لهم أعد النظام القانونى القواعد التى تحكم علاقات الأفراد عند عدم وجود تنظيم من جانبهم . ومن هذا اتسمت تلك القواعد بطابعها الاحتياطى ، بمعنى أنها لا تنطبق إلا عند عدم وجود القواعد التى يضعها أشخاص العلاقة .

أما حيث يكون مضمون العلاقة ذا أهمية لتحقيق المحافظة على الجماعة والسير بها فى مدارج الكمال فلا يجوز أن يترك تنظيم تلك العلاقة لإرادة الأفراد ، وذلك لأن هؤلاء ، فوق عدم استطاعتهم وضع القواعد التى تصلح لتحقيق الأهداف الرئيسية للجماعة ، قد يقصدون ، لأسباب خاصة ، أن ينظموا تلك العلاقة على نحو يعارض تلك الأهداف . لذلك كان لزاما على

القانون أن يضع القاعدة ذات الطابع المطلق المباشر وألا يعطى للأفراد أى نصيب فى تنظيم تلك العلاقة .

ويختلف مسلك القانون إزاء هذا النوع من العلاقات باختلاف الأحوال فقد يحصل ألا يكون للإرادة الفردية أن تمارس أى دور ، بسبب أن النظام القانونى قد استأثر بالعلاقة إنشاءً وتنظيماً ، فلم يقتصر على وضع القواعد التى يجب أن تحكم العلاقة بل ينشىء العلاقة ذاتها إذا توافرت ظروف معينة سواء أكانت تلك الظروف راجعة إلى عمل الإنسان أم كانت راجعة لفعل الطبيعة . وفى حالات أخرى قد تعطى الإرادة الفردية الحق فى أن تنشىء العلاقة بناء على تخويل من النظام القانونى ، حتى إذا نشأت تلك العلاقة لا يكون للإرادة الفردية أى نصيب فى تنظيمها ، لوجود قاعدة قانونية مزودة بسلطة تكليفية مطلقة هى التى تنفرد بتنظيم العلاقة دون أن تتيح للإرادة الفردية أن تسهم فى ذلك التنظيم بأى نصيب .

تلك القواعد التى تتمتع بسلطة تكليفية مطلقة ، والتى توجد فى القانون العام والقانون الخاص على السواء تشكل طائفة قائمة بذاتها تسمى قواعد النظام العام . ومن هنا يمكن القول إن قواعد النظام العام هى تلك القواعد التى تنظم علاقات يكون مضمونها أساسياً فى المحافظة على الجماعة وفى النهوض بها . فهى قواعد تكفل وجود الجماعة ، أساس النظام القانونى ، وتنظم العلاقات التى يكون محلها من الأهمية بحيث يتعين تنظيمها على نحو معين وإلا تأثر أساس الجماعة وتعطلت مصالحها الحيوية وحيل دون تحقيق أهدافها الرئيسية .

٨٤ — ولمعرفة ما إذا كانت قاعدة ما متعلقة بالنظام العام أو غير متعلقة به يجب أن يتحرى القاضى حقيقتين : فيجب أولا معرفة هدف القاعدة وما إذا كان هذا الهدف يتصل اتصالا مباشراً بالمحافظة على الجماعة والنهوض بها ، وما إذا كانت مخالفة هذه القاعدة يؤدى إلى خطر يتهدد وجود الجماعة

أو يزعزع كيانها فى الحال أو فى الاستقبال ، ويجب ثانياً التعرف على قصد المشرع ، باعتباره الهيئة التى تدرك أحاسيس الجماعة وحاجاتها وآمالها ومصالحها ومواطن الضعف فيها والأخطار التى تترصدها ، وهو بهذا يضع القاعدة التى يجب أن تنظم العلاقات ، ويتعرف على ما يكون من العلاقات ذا أهمية للجماعة فينظمه بقواعد يزودها بسلطة تكليفية مطلقة . فإذا استبان فى قاعدة ما هدف المحافظة على الجماعة والنهوض بها واتضح قصد المشرع فى اعتبارها أساساً فى تحقيق ذلك الهدف كانت تلك القاعدة متعلقة لا محالة بالنظام العام .

٨٥ — وقواعد النظام العام شائعة فى مختلف نواحى القانون عامة وخاصة : ففى فروع القانون العام نجدها فى القانون الدستورى حيث يكون أثرها إبطال الاتفاق الذى ينزل بمقتضاه شخص عن حقه فى الانتخاب مقابل مبلغ من المال ، وكذلك فى القانون الإدارى حيث يترتب عليها إبطال كل اتفاق يرمى إلى نزول الشخص عن وظيفته لقاء مبلغ من المال ، وفى القانون المالى حيث يبطل كل اتفاق يقصد به التهرب من دفع الضريبة ، وكل اتفاق يشترط فيه الدائن على المدين أن يفى بدينه ذهبا فى الوقت الذى يكون فيه للعملة الورقية سعر إلزامى ، وفى القانون الجنائى وهو يتكون من مجموعة من القواعد يعتبر احترامها ضرورياً للمحافظة على الجماعة ، ولذلك كانت قواعده متعلقة بالنظام العام وكان الجزاء المترتب على مخالفتها هو العقاب فضلا عن إبطال التصرفات التى تكون مخالفة لهذه القواعد ، كالاتفاق على ارتكاب جريمة مقابل دفع مبلغ من المال إذ يكون هذا الاتفاق باطلا ، فإن توافر فى ذلك الاتفاق ركن الجريمة الجنائية كان الجزاء أيضاً هو العقاب .

كذلك توجد قواعد النظام العام فى القانون الخاص كالقانون المدنى (م ١٣٥ ، ١٣٦ ، ٢٠٠ ، ٢٥١) والقانون الدولى الخاص (م ٢٨ مدنى)

والقانون التجارى ، والأحوال الشخصية حيث تعتبر الأسرة نظاماً أساسياً المحافظة على الجماعة والنهوض بها .

بل إن دواعي ظهور فكرة النظام العام أقوى فى القانون الخاص منها فى القانون العام ، ذلك أن للإرادة الفردية فى القانون الخاص نصيب أكبر ، ولذلك كان من اللازم أن يوجد فيه قيد عام يرد على كل ما لم تحرمه قاعدة قانونية صريحة . هذا القيد هو النظام العام ، ومقتضى هذا القيد أن كل ما يكون مخالفاً للنظام العام لا يحل له أن يوجد .

وعلى هذا تحمل فكرة النظام العام عبء المحافظة على الدولة والجماعة وكبح جماح كل ما يمكن أن يمس سلامة الجسم الاجتماعى ومن هنا كانت فكرة النظام العام فى النظام القانونى الاشتراكى ألزم وأضخم منها فى النظام الفردى .

٨٦ — وفكرة النظام العام فكرة نسبية تختلف فى الزمان وفى المكان فما يكون مخالفاً للنظام العام فى وقت قد يصبح أمراً مشروعاً فى وقت آخر . وما يكون مخالفاً للنظام العام فى جماعة قد يكون غير ذلك فى جماعة أخرى . ثم هى فكرة مرنة ذكرها المشرع ولم يتناولها بالضبط والتحديد ، ولهذا اعتبرت «فكرة على بياض» ، يتولى القاضى ملأها وفقاً للمعايير السياسية السائدة وقت نظر النزاع . ويكون حكمه فيما يعتبر من النظام العام وما لا يعتبر كذلك فصلا فى مسألة قانونية ، ولهذا يكون خاضعاً لرقابة محكمة النقض .

المطلب الثانى

الآداب

Bonnes moeurs

٨٧ — وكما جعل القانون النظام العام قيداً على تطبيق أحكام قانون أجنبي وقيداً على حرية التصرفات التى يبرمها الأفراد ويطلبون لها القوة

من القانون كذلك استعمل القانون فكرة الآداب لنفس الغرض فلم يمنح حمايته لما يكون من التصرفات مخالفاً للآداب (م ١٣٥ ، ١٣٦) ولم يجز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الوضعية إذا كانت أحكام ذلك القانون مخالفة للآداب (م ٢٨) . وعلى ذلك إذا كانت القواعد المتعلقة بالنظام العام قواعد مطلقة (آمرة أو ناهية) فكذلك القواعد المتعلقة بالآداب تكون هى الأخرى قواعد مطلقة ، لا يجوز أن يخرج عليها الأفراد وإلا كانت تصرفاتهم باطلة بطلاناً مطلقاً من الناحية المدنية ، بل وكانوا معرضين للعقاب من الناحية الجنائية إن كان فى تصرفهم ما يعتبر جريمة مخلة بالآداب فى نظر القانون الجنائى .

٨٨ — والغرض الذى يستهدفه التشريع من ذكره الآداب ليس الرغبة فى الارتفاع بالجماعة الى مستوى الكمال الخلقى وإنما هو يقصد ألا يمنح قوته للتصرفات التى تكون مخالفة للآداب . ولقد وردت كلمة الآداب فى التشريع دون ضبط ، على نحو ما حصل بالنسبة لعبارة النظام العام (١) . ولهذا اعتبرت فكرة الآداب « فكرة على بياض » يتولى القاضى ملأها مستهدياً بقواعد الأخلاق السائدة فى ضمير الجماعة (٢) . والأخلاق التى يعتد بها القاضى لمعرفة ما إذا كان مسلك الشخص متفقاً مع الآداب أو مخالفاً لها ، ليست الأخلاق الشخصية بل الأخلاق العامة التى تعكس الضمير العام للجماعة ، وليست هى الأخلاق المثالية التى ينادى بها الفلاسفة والتى لا تتغير ، بل الأخلاق العملية التى يمارسها أو يحسها جميع الناس .

---

(١) ولقد قصد بهما أن يكونا على هذا النحو حتى يكملا ما فات القانون ويعطيا معايير واسعة لكل ما يجب اعتباره غير مشروع ولو لم يرد نص بتحريمه .

(٢) ويكون حكم القاضى فيما يعتبر مخالفاً للآداب حكماً فى مسألة متعلقة بالوقائع ولهذا لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، بخلاف حكمه فيما يعتبر مخالفاً للنظام العام فإنه يكون حكماً متعلقاً بالقانون ويكون بذلك خاضعاً لرقابة محكمة النقض .

ويصعب القول إن الآداب يختلف النظر إليها باختلاف الجنس والحالة والمركز الإجتماعى ذلك لأنها تتصل بالأخلاق العامة المشتركة فى الجماعة. ولهذا فليست فكرة الآداب واحدة دائماً فى كل مكان وفى كل زمان، بل هى الفكرة التى تكون فى ضمير الناس فى وقت معين والتى تختلف من جماعة إلى جماعة بحسب الزمان وبحسب حظ كل جماعة من الثقافة.

ولا يجوز قصر مضمون الآداب على الجرائم التى نص عليها القانون الجنائى باعتبارها مخلة بالأخلاق والآداب (الجرائم الجنسية) فهناك من الأفعال ما يعتبر مخالفاً لمقتضى الآداب عند الجماعة دون أن يكون معاقباً عليها من الناحية الجنائية.

٨٩ — وعلى ذلك يكون مقتضى القواعد القانونية المطلقة المتعلقة بالآداب أن يقع باطلا كل اتفاق مع امرأة على أن يدفع لها مبلغ من المال فى مقابل معاشرتها معاشرة غير مشروعة، وكذلك الاتفاقات المتعلقة باستغلال بيت من بيوت الدعارة، والاتفاق على دفع مبلغ من المال لشخص ليقوم بعمل يكون من واجبه أن يقوم به أو ليمتنع عن عمل غير مشروع.

المبحث الثالث

القواعد الجامدة والقواعد المرنة

٩٠ — التقسيم الثالث للقواعد القانونية أساسه سلطة القاضى، فهى تنقسم من حيث سلطة القاضى إلى قواعد جامدة وأخرى مرنة: فالقواعد القانونية إما أن توضع لتنظيم واقعة محدودة تحديداً كاملا، وعندئذ تتخذ القاعدة عند تطبيقها طابعاً جامداً وموضوعياً، وإما أن توضع بحيث تترك مجالا لتقدير القاضى، بسبب أنها تنظم وقائع غير محدودة أو متغيرة، تخضع لتأثير الحياة الاجتماعية، ولذا يتغير شكلها ولونها بحسب الظروف، وتكون لهذا السبب وسائل لتطوير القانون.

إن القانون لايستطيع أن يؤدى وظيفته التنظيمية بصورة مستمرة ، إن هو اقتصر على أن يضع فى صيغة جامدة كل أوجه العلاقات الاجتماعية المتعددة الصور والأشكال ، إذ أن هذه الصيغة الجامدة تعجز فى الكثير من الأحوال عن مسايرة الظواهر الاجتماعية المتطورة . لذا يلجأ الشارع إلى استعمال أفكار مرنة ، مطاطة ، غير محدودة ويترك تحديدها لتقدير القاضى . ومن هنا يظل التعاون مستمراً بين الضمير الاجتماعى والقانون الوضعى عن طريق القاضى الذى يصير بذلك مساعداً للنظام القانونى .

٩١ — وتتحقق ظاهرة مرونة القواعد القانونية بطرق متعددة ، نذكر منها :

(ا) أن الشارع قد يكتفى ببيان اتجاه القاعدة القانونية ، ويترك لتقدير القاضى تطبيق تلك القاعدة وفقاً للظروف . وتندرج تحت هذه الطريقة جميع النصوص التى يجوز فيها للقاضى أن يحكم «وفقاً للظروف» . ومن أمثلة هذه الطريقة ما جاء فى المادتين ١٥٧ و١٧٠ مدنى .

(ب) وقد يعطى المشرع للقاضى سلطة تكميل أو تعديل ما يكون بين المتعاقدين من علاقات قانونية . ويدخل فى هذه الطريقة النصوص التى تجيز للقاضى أن يبذل نشاطاً يوفق به بين مصالح الطرفين أو يكمل اتفاقهما (م ٩٥ ، ١٤٧ ، ١٤٨) أو أن يتخذ من التدابير ما تقتضيه الضرورة (م ٨٢٨) ، وكذلك النصوص التى يجوز للقاضى بمقتضاها فى بعض الأحوال أن يخفض مقدار التعويض (م ١٩٢ ، ٢٢٤) أو أن يمنح المدين أجلا (م ١٥٧ ، ٢٥٥ / ٢ ، ٣٤٦/٢) .

(ح) وقد يجعل الشارع انطباق القاعدة متوقفاً على وقائع غير محدودة ومتغيرة ذات قيمة اجتماعية كبرى . والنصوص التى تندرج تحت هذه الطريقة تبرز أهمية كبرى من حيث القيمة العلمية ، إذ هى تقوم بعملها فى

ضوء أفكار مرنة ومطاطة يمكن أن تستجيب فى سهولة لجميع ما تتطلبه الحياة الاجتماعية . ومثال هذه الأفكار المرنة : الأفكار المتعلقة بالتدليس ، والخطأ ، والغش ، وحسن النية ، والنظام العام والآداب ، والعدالة والتعسف فى استعمال الحق ، والضرر ، والتعويض المناسب ، وعناية الشخص المعتاد ، إلى غير ذلك من الأفكار التى تحمل إلى نطاق القانون الاتجاهات الاجتماعية والاقتصادية ، وهى أفكار تتطور بسرعة خلال التاريخ كلما تعاقبت الشعوب والمدنيات ، ولذلك يمكن أن يتغير مضمونها أثناء تطبيقها ، ولذا كانت هذه الأفكار بمثابة أعضاء التنفس فى القانون الوضعى ، أو الأوعية التى يدخل من طريقها إلى القانون الهواء المشبع بأوكسجين الحياة الحديثة .

٩١ — فى كل هذه المبادىء القانونية يصدر المشرع أمره على نحو ما يصدر الأمر على بياض ، ويتولى القاضى بعد ذلك ملء هذا البياض . ومن هنا كانت السلطة التقديرية للقاضى . على أنه يجب ألا نحسب أن سلطة القاضى على هذا النحو تعتبر مصدراً قانونياً من مصادر القانون ، ذلك أن هذه الأفكار غير المحدودة ، والمطاطة التى يحيل عليها القانون هى عناصر واقعية فى إرادة الشارع ، هى أجزاء من مضمون هذه الإرادة وليست مظاهر لإرادة خارجية يسبغ عليها القانون فعالية تبعية .

المبحث الرابع

النصوص التى ليس لها مضمون ملزم

٩٢ — قد توجد نصوص وضعية لا تتضمن أى تكليف فلا تكون لها قيمة قانونية . ذلك أنه لما كانت وظيفة المشرع هى فرض تكاليف كان من الطبيعى أنه كلما انحرف المشرع عن هذه الوظيفة فلم يفرض أى تكليف لا يكون لعمله أى طابع ملزم ، إذ يتخلف موضوع التكليف .

٩٣ — (ا) ونجد أمثلة لهذه الظاهرة فى المدونات القانونية القديمة ، التى صورت فيها وظيفة المشرع تصويراً ساذجاً بدائياً ، والتى لم يكن الفن التشريعى فيها متقدماً ، إذ نجد فى تلك المدونات اتجاهات وأفكاراً لا تمت للقانون بصلة ، لأنها لا تضع قواعد سلوك . . مثال ذلك المادة الأولى من المجلة (مجلة الأحكام العدلية) حيث جاء « الفقه علم بالمسائل الشرعية . والمسائل الفقهية إما أن تتعلق بأمر الآخرة وهى العبادات ، وإما أن تتعلق بأمر الدنيا . . . إلخ » . ومثال ذلك أيضاً ما جاء فى بعض التشريعات الثورية الفرنسية «إن الشعب الفرنسى يقر بوجود كائن سامى، وبخلود الروح».

٩٤ — (ب) وقد تشمل القوانين الوضعية على سرد تاريخى أو حيثيات بخصوص القاعدة التى ورد النص عليها . هذه المقدمات أو هذه الحيثيات لا تعتبر جزءاً من النصوص الوضعية ولهذا لا تؤثر فى مضمونها الذى قد يأتى مختلفاً عن الأسباب التى ورد ذكرها أو مخالفاً لها .

٩٥ — (ج) ثم لا يندر أن يرد فى القوانين الوضعية برامج أو نوايا أو وعود يبديها المشرع . مثال ذلك حالة ما إذا نص المشرع فى قانون ما على أن هذا القانون لن يلغى أو يعدل قبل مضى فترة معينة ، أو أنه سيصدر قانون جديد بخصوص موضوع معين . مثال ذلك المادة ٣٩ مدنى التى جاء فيها « ينظم بتشريع خاص كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها » . هذه الوعود بعدم الإلغاء أو بوضع قوانين جديدة هى وعود لاقيمة لها . فلا الوعد بعدم الإلغاء ينشىء التزاماً على المشرع ولا الوعد بإصدار قانون ، ينشىء حقاً للأفراد .

٩٦ — (د) وكذلك يعتبر من قبيل القواعد ذات المضمون غير الملزم « الفقهيات » التى ترد فى القوانين الحديثة وخاصة القانون الخاص ، سواء من حيث الاصطلاح أو طريقة عرض النصوص . ذلك أنه قد

يدخل فى التقنينات الحديثة ، عن طريق واضعى القانون ، أفكار ونظريات فقهية تتخذ شكل تقسيمات أوصيغ أو مبادىء [١] ، وقد تدعو الحاجة إلى اتباع هذه الطريقة ، كضرورة تنظيم الموضوع ووجوب وضوح العرض والانسجام فى التركيب . إلا أنه ينبغى أن يكون مفهوماً أن كل هذه الوسائل الفقهية ليس لها قوة ملزمة ، إلا إذا تضمنت سن قواعد وضعية .

وعلى ذلك فما يرد فى التشريع من تبويب الموضوعات وتقسيمها إلى كتب وأبواب وفصول ، وعنونته كل من هذه الفروع بعنوانات مختلفة ، لايكون ذا قوة ملزمة ، ذلك أن القانون إنما يفعل ذلك لتنظيم عرض الموضوع وتسهيل وضع أجزائه فى طوائف ، ولكن لاينشأ عن هذا واجب سلوكى . وسواء أكان الترتيب موفقاً أو غير موفق فإنه لا يقيد الشارح الذى قد يصل إلى ترتيب آخر من خلال بحثه النصوص القانونية . ذلك أنه قد تكون الخطة التى اتبعها المشرع غير صحيحة ، فقد توجد قاعدة فى مكان غير الذى يجب أن توضع فيه ، وقد يأتى عنوان الباب واسعاً أو ضيقاً جداً ، عندئذ لا يكون الشارح ملزماً بهذا الوضع الشكلى للقواعد القانونية ، بل يكون ملزماً بمضمونها فقط .

٩٧ — (هـ) وكذا القول فيما يرد فى التشريع من تصنيف للأفكار والنظم بقصد توضيحها وتنسيقها ، فهذه التصنيفات لا تكون هى الأخرى ملزمة ، فضلا عن أنها قد تأتى ناقصة أو خاطئة أو غير مجدية ، إن

---

(١) وبهذا ينسى المشرع وظيفته الأولى ، وهى وضع القواعد التكليفية ، ويقوم بدور الفقيه . ويقول كوهلر فى هذا المعنى إنه « يجب أن لايكون التقنين كتاباً لشرح القانون . . . وأن المشرع الذى يغتصب لنفسه وظيفة الفقه إنما يتخلى عن المكان المخصص له . . . . » ، ولو أن هنا من الشراح (هينيل Haenel) من يذهب إلى غير ذلك فيقول إن المشرع يجب عليه أن يضع تعريفات وأن يعمل تقسيمات وتعميمات واستنتاجات منطقية . فإذا أخطأ كانت وظيفة الفقه تصحيح المشرع من طريق المشرع نفسه .

التصنيفات من عمل الفقيه لا من عمل المشرع الذى ينحصر واجبه فى وضع القواعد ، فليست وظيفة المشرع أن يعمل صيغاً فقهية ذات طابع تعليمى أو يعمل تفرقات علمية أو نظريات قانونية ، فتمييز النظم بعضها عن بعض وتأصيلها تأصيلا علمياً إنما يكون من عمل الفقه الذى يأتى بعد عمل المشرع ذلك أن وقت عمل نظريات عامة إنما يكون بعد الوصول إلى أعماق القواعد التى وضعها المشرع . ثم إن النظريات القانونية التى تأتى على لسان المشرع فضلا عن تأثرها بميول فقه العصر وأفكاره ، تكون دائماً متأخرة ، ذلك أنها لا يمكن أن تدخل فى حسابها الاتجاهات الجديدة التى قد تغير زاوية النظر إلى تصنيف القواعد القانونية ، لهذا كانت قيمة جميع الصيغ العلمية مجرد قيمة نظرية فهى لا تفرض قانوناً ولهذا لا تكون ملزمة . والمفهوم أن الذى يلزم ليس القالب الفقهى الذى يتخذه المبدأ القانونى بل المبدأ القانونى الذى ينطوى عليه ذلك القالب ، لذا كان الفقيه حراً فى أن يستخلص القاعدة ويضعها فى القالب الذى يراه أسلم فى نظره . كذلك إذا أنزل المشرع فكرتين مختلفتين منزلة سواء ، أو اعتبر فكرة نوعاً من فكرة أخرى ، أو أورد مبدأ قانونياً يلخص فيه نظاماً قانونياً ، فلا يكون لهذا قوة ملزمة بل يعامل معاملة سائر النظريات العلمية ، فلا يعتد بها إلا بمقدار إتفاقها مع الحقيقة والواقع .

كذلك التعريفات القانونية ، عند ما يكون المقصود منها تلخيص نظام قانونى فى صيغة نظرية ، لا تكون ملزمة . إلا أنه يلاحظ أن المبادىء القانونية وكذا التعريفات القانونية يمكن أن تكون لكل منها طبيعة أخرى ، بأن تكون فى حقيقتها تكاليف تفرض طريقة معينة فى مزاولة النشاط القضائى أو تحدد الشروط الجوهرية التى يتوقف على توافرها ترتيب الآثار القانونية لنظام معين ، فتعريف العقد والمحرر الرسمى والرهن الرسمى والارتفاق ، كل أولئك يعطينا فى عبارة موجزة شروط تطبيق كل من هذه النظم ومن هنا كانت لها قوة ملزمة .

الفصل الثالث

تقسيمات القانون

٩٨ — لكى تقوم الدولة بوظيفتها يجب أن يكون لديها تنظيم تستطيع به أن تمارس وظائفها القانونية وسائر الوظائف الأخرى . هذا التنظيم تحكم سيره قواعد ومبادىء قانونية . ثم إن علاقات السلطات العامة بعضها ببعض وكذلك علاقاتها بالمواطنين هى كذلك علاقات تحكمها قواعد قانونية. وعلى ذلك لا يقتصر القانون على أن يكون قواعد تنظم سلوك الأفراد فى علاقاتهم بعضهم ببعض أى قواعد تنسق نشاط الأفراد فى وجودهم بعضهم إلى جانب بعض بل هو أيضاً قواعد تنظيم جماعى ، وبالتالى قواعد تربط وتنسق مختلف الأجزاء التى يتكون منها القانون . من هذه الوظيفة المزدوجة التى يضطلع بها القانون نشأ تقسيمه الكبير إلى قانون عام وقانون خاص .

ثم إلى جوار القواعد القانونية (العامة أو الخاصة) التى تطبق فى داخل الدولة توجد قواعد قانونية تنظم العلاقات التى تقوم بين مختلف الدول ، أو بين أشخاص تابعين لدول مختلفة. ومن هنا كان تقسيم القانون إلى قانون داخلى وقانون دولى .

تلك هى أهم تقسيمات القانون الوضعى : تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص ، ثم تقسيمه إلى قانون داخلى وقانون دولى . ونتكلم الآن فى كل من التقسيمين على حدة .

المبحث الأول

القانون العام والقانون الخاص

٩٩ — التقسيم الأساسي للقانون هو تقسيمه إلى قانون عام وقانون خاص . وهذا التقسيم تقليدى . فلقد وجد من قبل فى القانون الرومانى حيث كان القانون العام *jus privatum* هو قانون الدولة فى كل علاقاتها فى حين كان القانون الخاص *jus publicum* هو قانون الأفراد *jus singularum*

ثم جاء وقت توحد فيه القانون . فنى القانون الألمانى القديم كان القانون واحداً ، ويشمل جميع العلاقات دون تمييز بين علاقات الدولة وعلاقات الأفراد . وكانت الدولة مندمجة فى شخص الحاكم أوكانت الدولة داخلة تحت سيطرته وتتكون منها ذمته . ثم زالت هذه الفكرة بعد ذلك على أثر الثورة الفرنسية بنوع خاص . فعاد تقسيم القانون إلى عام وخاص مرة أخرى ، وحصل التمييز بين وضعين يمكن أن تتخذهما الدولة ، وضعها وهى تتصرف باعتبارها صاحبة السيادة العامة فتخضع للقانون العام ، ثم وضعها وهى تتصرف باعتبارها فرداً ، فتخضع للقانون الخاص . ذلك أن الدولة تدخل فى علاقات كثيرة بأوضاع مختلفة ، فتارة تتدخل باعتبارها صاحبة السيادة لتحقق أهدافاً عامة ، وتارة تتدخل باعتبارها شخصا خاصاً .

هذا التنويع فى نشاط الدولة وتغيرها من نشاط إلى نشاط ، وإمكان تداخل النشاطين أحدهما فى الآخر جعل الحد الفاصل بينهما غير واضح . ومن هنا كانت محاولات الفقه لإيجاد فيصل يميز القانون العام من القانون الخاص .

١٠٠ — معايير التمييز بين القانونين العام والخاص : ثمة معايير كثيرة

فى هذا الصدد نقتصر على الكلام فى أهمها . ويمكن ردها إلى معايير موضوعية ومعايير شكلية ومعايير شخصية .

١٠١ — (١) المعايير الموضوعية : تتحصل هذه المعايير فى أن أساس تمييز القانون العام عن القانون الخاص هو طبيعة المصلحة التى تتكفل كل منهما بحمايتها . ولهذا قيل :

(ا) إن القانون العام هو الذى يقوم على حماية المصالح الاجتماعية أو العامة . أما القانون الخاص فهو الذى يقوم على حماية المصالح الفردية أو الخاصة . أى أن أساس هذا المعيار هو مقابلة الدولة بالفرد ، ومن ثم يكون القانون الخاص هو القانون الفردى فى حين يكون القانون العام هو قانون الجماعة . ويستعمل بعض الشراح لغة أخف من ذلك فيقول إن قواعد القانون العام تستهدف بصفة أساسية حماية المصلحة العامة، أما قواعد القانون الخاص فتستهدف بصفة أساسية حماية المصالح الفردية .

إلا أن هذا المعيار غير دقيق ، ذلك أن هدف القانون هو دائماً تحقيق المصلحة العامة ، وليس أبداً حماية المصالح الفردية على حساب مصلحة الجماعة ، فكل القواعد ، ومنها قواعد القانون الخاص ، قد وضعت لخير الجماعة والمصلحة العامة . ففى الوقت الذى تهدف فيه القاعدة إلى حماية المصلحة العامة تعود بالنفع على المصلحة الفردية والعكس أيضاً صحيح . هذا بالإضافة إلى أنه توجد قواعد لتحقيق المصلحة العامة ، وتندرج مع ذلك فى القانون الخاص كنظام الزواج ونظام الوصايا . كما أنه توجد قواعد إدارية وبوليسية تتجه أولا لحماية الحقوق الخاصة للمواطنين ، ثم قد يحصل أن يكون التداخل والتشابك بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة من العمق بحيث لا يمكن فصل إحداهما عن الأخرى ، إلى حد اضطر بعض الشراح إلى القول بوجود قانون مختلط كقانون المرافعات وقانون العقوبات .

وذهب فريق آخر من الشراح إلى أن فيصل التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص هو فى الطبيعة المالية للمصلحة التى يحميها القانون الخاص، والطبيعة غير المالية المتحققة فى المصالح التى أعد القانون العام لحمايتها ، أى أن القانون الخاص وفقاً لهذا المعيار هو القانون الذى أعد لحماية المصالح المالية فى حين يكون القانون العام هو القانون الذى أعد لحماية مصلحة من طبيعة أخرى غير مالية .

إلا أن هذا المعيار ليس دقيقاً من كل وجه ، ذلك أن فى القانون المدنى توجد علاقات ذات طابع شخصى محض ، كالحق فى الاسم ، وحقوق الأسرة ، فى حين توجد قواعد قانون عام ذات طابع مالى ، كالضرائب ونزع الملكية للمنفعة العامة .

١٠٢ – (٢) المعايير الشكلية : بعد أن أخفقت المعايير الموضوعية اتجه البحث عن معايير شكلية تقوم على اختلاف وظيفة القواعد القانونية واختلاف مداها .

(١) فذهب رأى إلى أن معيار التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص ليس فى الهدف الذى يتجه كل منهما إلى تحقيقه ، إذ لافرق بينهما فى هذا الصدد ، لما أن هدف كل منهما هو المصلحة العامة وإنما المعيار فى اختلاف طابع قواعد كل من القانونين ، فقواعد القانون العام قواعد مطلقة (آمرة) وقواعد القانون الخاص قواعد نسبية (مكملة) ، وبذلك يكون حاصل هذا المعيار هو أنه يخلط الفرق بين القانون العام والقانون الخاص بالفرق بين القواعد المطلقة (أو الآمرة) والقواعد النسبية (أو المكملة) .

غير أنه يرد على هذا المعيار أن قواعد القانون الخاص ليست كلها قواعد مكملة يمكن أن تحل محلها قواعد يضعها الطرفان من عندهما ، بل هو يشمل أيضاً عدداً كبيراً من القواعد فرضت فرضاً لايجوز استبعاده

بالاتفاق على خلافه، كالقواعد المتعلقة بالأشخاص وقانون الأسرة وقواعد الميراث والحقوق العينية (فلا يجوز إنشاء حقوق عينية زيادة على الحقوق التى أنشأها القانون) ، وجزء كبير من قانون الالتزامات . كما أنه توجد قواعد قانون عام تترك مجالا حراً لإرادة الأفراد كما فى الاتفاق على تغيير الاختصاص المحلى فى قانون المرافعات ، (عند الشراح الذين يعتبرون هذا القانون من فروع القانون العام على ما سنرى) .

١٠٣ — (٣) المعايير الشخصية : مقتضى هذه المعايير أن التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص إنما يكون أساسها هو العنصر الشخصى ، أى أشخاص العلاقة فى كل من القانونين .

(ا) فيذهب فريق كبير من الشراح إلى أن القانون العام هو قانون الدولة والهيئات العامة الأخرى وأن القانون الخاص هو قانون الأفراد الطبيعيين والاعتباريين .

ولكن يرد على هذا المعيار أن الدولة والهيئات العامة الأخرى عندما تمارس نشاطاً مالياً تخضع للقانون الخاص .

(ب) لذلك رأى فريق آخر من الشراح أن يضبط المعيار الشخصى، فقال إنه ليست طبيعة الأشخاص هى التى تدل على ما إذا كنا بصدد قانون عام أو قانون خاص وإنما المعيار هو فى الصفة التى تدخل بها الدولة فى العلاقة . فقد تدخل الدولة فى علاقة ما باعتبارها صاحبة السلطة العامة ، وقد تدخل باعتبار آخر تتساوى فيه مع المواطنين فيكون لها نفس حقوقهم وعليها نفس واجباتهم ، فيمكن أن تكون مالكة ودائنة ، ومدينة ، ومتعاقدة ، وطرفاً فى نزاع قضائى الخ .

وبناء على هذا الضبط يكون القانون العام هو القانون الذى ينظم العلاقات

التى تسهم فيها الدولة باعتبارها دولة ، ويكون القانون الخاص هو القانون الذى ينظم علاقات الأفراد بعضهم ببعض ، كما تنظم على سبيل الاحتمال علاقات الأفراد بالدولة وسائر الهيئات العامة دون نظر إلى صفتهم العامة . وبهذا يدخل فى نطاق القانون العام كل القواعد التى تنظم العلاقات التى تتدخل فيها الدولة باعتبارها صاحبة الأمر والنهى وفى هذه الحالة تتسم العلاقة بسمة معينة هو كونها علاقة بين الحاكم والمحكومين ، بين طرف يأمر وآخر يأتمر ، فلا تكون هناك مساواة بين الطرفين بل سيادة من ناحية وخضوع من ناحية أخرى . ويكفى أن ننظر إلى المواطن الذى تفرض عليه الدولة الخدمة العسكرية ، والممول الذى توجب عليه الدولة أن يدفع الضريبة ، والمجرم الذى يساق إلى القاضى (وهو عضو الدولة) الذى سيحاكمه وهلم جرا لكى ندرك فوراً إن العلاقة هنا علاقة قانون عام . أما حيث لا يكون وجود للسيادة فلا تتطلب الدولة الطاعة من المحكومين فى علاقاتها معهم أو لا تستند إلى سلطتها أو تستعملها بل تنزل من عليائها وتدخل فى علاقات مع الأفراد على أساس المساواة أمام القانون فثمة قانون خاص .

هذا المعيار هو أقرب المعايير إلى الحقيقة . وطبقاً لهذا المعيار نقول إن القانون العام يشمل القواعد التى تنظم تكوين الدولة (القانون الدستورى ، والقانون الإدارى) والوظائف التى تضطلع بها لحماية النظام القانونى سواء بتحريم الاعتداءات الجسيمة التى تقع عليه (القانون الجنائى) أو تنتظم أشكال الحماية القانونية وطرق تحقيقها (القانون الإجرائى) .

أما ما يتبقى بعد ذلك فيدخل فى نطاق القانون الخاص . إذ يدخل فيه بناء على ما تقدم تنظيم العلاقات المالية التى تقوم بين الأشخاص ، سواء أكانوا هيئات عامة أم كانوا أفرادا ، كما يوكل إليه حماية الحقوق المعنوية التى يثبت للأفراد (كالحياة والحرية والشرف) .

١٠٤ — ولقد اختلف فى موضع علاقات الأسرة ، أهو القانون العام أم القانون الخاص . فإذا قصرنا كلامنا فى هذا على فقه القرن التاسع عشر والفقه المعاصر نقول إنه فى القرن التاسع عشر استرعت الأسرة انتباه الفلاسفة والفقهاء ، باعتبارها نظاماً أدبياً اجتماعياً . إذ نجد الفيلسوف كانت Kant يناوىء الاتجاه الذى يستهدف إعطاء الدولة وظيفة حماية الأسرة ، ولهذا ذهب مذهباً فردياً فى قانون الأسرة فاعتبره أحد أجزاء القانون الخاص إلى جوار الأجزاء الأخرى وهى الحقوق العينية وقانون الالتزامات .

وفى عام ١٨٠٣ عندما عالج Thibaut مسألة التفرقة بين القانون العام والقانون الخاص تبين له تعذر وضع علاقات الأسرة فى القانون الخاص بين الحقوق العينية وحقوق الدائنية ، ولذلك وصفها فيما سماه القانون البوليسى Polizeirecht . وفى عام ١٨٠٧ أبدى Heise شكوكه حول المكان الذى يوضع فيه قانون الأسرة وقانون التركات . وكان مصدر شكوكه أن حقوق السلطة والوصايا التى تحميها دعوى الاسترداد تتخذ طابعاً مزدوجاً فهى تبدو من الناحية الإجرائية حقوقاً عينية فى حين أنها تبدو من حيث محلها حقوقا شخصية . ولقد استطاع Kant أن يوفق بين هذين الطابعين ، إذ جعل من علاقات الأسرة طائفة خاصة تقوم إلى جوار الحقوق العينية والحقوق الشخصية وسماها الحقوق الشخصية ذات الطابع العينى persönliche Rechte auf dingliche Art مبرزاً بذلك وجهى هذه العلاقات الأسرية ، والوجه الذى يتصل بالطبيعة الداخلية لهذه الحقوق والوجه الآخر المتعلق بكيفية حمايتها . ولقد سار Heize على النهج الذى رسمه Kant ، فأبقى حقوق الأسرة فى نطاق القانون الخاص واضعاً إياها فى طائفة قائمة برأسها سماها الحقوق العينية الشخصية dinglich-persöliche Rechte . ولقد نهج Thibaut فيما بعد نفس المنهج ، إذ أخرج قانون الأسرة من نطاق القانون البوليسى وأدخله فى نطاق القانون الخاص .

أما سافينى فلم يوافق على نظرية Kant ، فعمل مقارنة بين القانون الخاص ذى الطابع الاقتصادى القانونى وقانون الأسرة ذى الطابع الأدبى ، خرج منها إلى أن « الأسرة ، وفقاً للطريقة التى تكونت بها وعلاقة السلطة التى تكون لبعض أفرادها على بعض والطاعة التى تجب على بعضهم لبعض ، تشابه الدولة شبها لا يمكن إغفاله » . « ففى الأسرة يوجد أصل الدولة ، وعندما تكونت الدولة كان عنصرها المباشر هى الأسر لا الأفراد » . ثم انتهى إلى وضع علاقات الأسرة ضمن علاقات القانون العام ، بناء على أن القواعد التى تنظم علاقات الأسرة هى القواعد المطلقة (الآمرة) التى لا يجوز للإرادة الفردية أن تخالفها .

أما Stahl فيرى أن الأسرة ، على كونها نظاماً طبيعياً أخلاقياً وجد قبل القانون ، توضع بين أنظمة القانون الخاص ، لا لأنه أراد أن يغفل الطابع الأخلاقى والدينى والسياسى لكثير من القواعد التى تتكون منها الأسرة ، بل لأنه لا يضع فى القانون العام إلا النظم التى تكون لها وظيفة وقيمة عالميتين كالدولة والكنيسة .

١٠٥ — وفى الفقه المعاصر ، حيث أصبحت علاقات الأسرة موضع بحث عميق ، يرى فريق من الشراح أن الأسرة (ا) نظام أساسى ، (ب) لا يكون أساس سلطة الإرادة فيه هو المصلحة الفردية لصاحب تلك السلطة بل مصلحة الأسرة ، باعتبارها مصلحة الدولة (حـ) وأنه لا توجد فى الأسرة ، علاقات عرضية تكون حرة أصلا والتزامات احتمالا ، بل توجد مراكز شخصية .

ومن هنا كانت علاقات قانون الأسرة مختلفة فى جوهرها عن علاقات القانون الخاص فى حين يشتد التشابه بينها وبين علاقات القانون العام . مما يؤدى إلى اعتبار قانون الأسرة فى مجموعة قانونا عاما . ويمكن أن نجمل موقف الفقه المعاصر من هذه المسألة فيما يأتى :

١ — القول بوجود شبه من حيث الطابع والتكوين بين علاقات قانون الأسرة وعلاقات القانون العام .

٢ — إعطاء طابع القانون العام للقواعد التي تنظم قانون الأسرة .

٣ — إعطاء قانون الأسرة وضعاً خاصاً وذاتية مستقلة فهو لا يعتبر جزءاً من القانون الخاص وإنما هو نوع من القانون الجماعي droit social .

٤ — إنزال قانون الأسرة منزلا وسطاً بين القانون العام والقانون الخاص.

٥ — المصلحة العامة المرتبطة بالأسرة تبلغ من الأهمية درجة قصوى تتجلى في أن نظام الأسرة تحكم الجزء الغالب منه ، لا بل تحكمه كله قواعد النظام العام التي لا يجوز للارادة الفردية الاتفاق على مخالفتها .

١٠٦ — على أنه يجب لمعرفة الوجهة الصحيحة في هذه المسألة أن تنظر إليها من الناحية الشكلية والناحية الموضوعية :

(ا) فمن الناحية الشكلية ، إذا اعتبرنا الزواج علاقة تعاقدية كان من السهل أن نضع علاقات الأسرة بين علاقات القانون الخاص . ولا كذلك إذا اعتبرنا رضاء الطرفين شرطاً لتصرف قانوني خاص يتكون من تعبير الموثق عن إرادته ، أو إذا اعتبرنا الزواج تصرفاً ثلاثياً أو مركباً يتكون من تعبير الطرفين وتعبير الموثق ، وفيه يكون لتعبير هذا الأخير الغلبة على تعبير الآخرين ، فعلى هذا التصوير تندرج علاقات الأسرة ضمن علاقات القانون العام .

(ب) ومن الناحية الموضوعية إذا نظرنا إلى الزواج وقت إبرامه فان طبيعته التعاقدية تؤدي إلى إدخاله ضمن علاقات القانون الخاص ، ولكن هذا لايمنع من أن العلاقة متى نشأت ولو بناء على العقد تكون لها طبيعة قائمة بذاتها يمكن أن توصف بأنها من علاقات القانون العام .

وأياً كان الأمر فانه ينبغى إبداء الملاحظتين الآتيتين :

١ — إنه فى نظامنا الوضعى لا يكون لتعبير الموثق (المأذون أو من يقوم مقامه من الجهات العامة) عندما يعلن انعقادالعقد واعتباره من الطرفين زوجاً للآخر ، أى طابع منشىء .

٢ — أن الطابع الأدبى الاجتماعى فى الزواج لايعتبر من الناحية القانونية مظهراً مباشراً لطابع الدولة الأدبى ومحققاً بالتالى لأهداف الدولة .

١٠٧ — ولهذا لانرى كيف يخرج نظام الأسرة من نطاق القانون الخاص ليدخل فى نطاق القانون العام . إن نظام الأسرة ، مع ما بينه وبين القانون العام من تشابه لايزال يندرج فى عداد علاقات القانون الخاص . ومع ما لنظام الأسرة من أهمية من الناحية الاجتماعية لايعتبر وحدة سياسية والعلاقات التى تنشأ بين أعضاء الأسرة هى علاقات فردية بحت . أما السلطة التى يتمتع بها الأب أو الزوج أو الوصى فسلطة خاصة ذات طبيعة أخلاقية اجتماعية قصاراها إمكان تحريك سلطة الدولة عن طريق الالتجاء إلى مساعدة للسلطة القضائية .

وتصدق مثل هذه الاعتبارات على الجماعات الأخرى التى تمثل صورة مصغرة من نظام حياة كل هيئة إجتماعية ، حيث يوجد تكوين نموذجى يحدده نظام الجماعة وتغطية شبكة من الحقوق والواجبات بين الجماعة وأعضائها وتهيمن فيه سلطة جماعية تنبعث من المركز متجهة نحو جميع أجزاء المنظمة الجماعية ، قصارى القول أن كلا من الأسرة والجماعات الأخرى تعتبر دولة مصغرة ولكن لا يسوغ هذا أن نكون بصدد قانون عام . بل الأحرى أن يدخل قانون الأسرة وقانون الجماعات فيما يسميه الفقيه الألمانى جييركيه Gierke القانون الجماعى الذى ينظر إلى الفرد لا باعتباره فرداً بل باعتباره عضواً فى الجماعة التى هو جزء منها . إلا أن هذا

القانون الجماعى وفقاً للرأى الحديث لا يدخل فى القانون العام وذلك لأن هذه الوحدات الجماعية ليس لها نصيب من السلطة العامة . إذ السلطة العامة حكر على الدولة ، وحدها ، أو على الجماعات أو المنشئات التى تمنحها الدولة هذه السلطة العامة . أما خارج هذا النطاق فليس ثمة قانون عام .

١٠٨ — على أثر اتساع رقعة القانون الخاص على هذا النحو نجد أن ملامحه قد تغيرت ، إذ لم يعد مجاله مقصوراً على الأفراد ، فإلى جوار هؤلاء توجد جماعات أو منظمات تسعى سعيها لتحقيق أهداف مختلفة ليست ذات طابع خاص فحسب بل هى أيضاً ذات طابع عام .

إن القانون الخاص لا يقتصر على تنظيم علاقات الأفراد الاقتصادية ، وسد حاجاتهم المادية ، بل هو ينظم أيضاً ما يقومون به من نشاط أدبى ، وإنسانى ، يستهدف تحقيق مصالح مشتركة . فليس القانون الخاص قانون الأنانية الفردية فحسب ، بل هو قانون الغيرية الاجتماعية أيضاً . ولهذا لم يعد صحيحاً ما كان يقال ، فى رأى قديم فج ، من أن القانون الخاص هو قانون الرجل الاقتصادى *homo oeconomicus* الذى لا يهمه إلا تحقيق مصالحه المادية بأى وسيلة مشروعة ، فهناك أهداف مثالية وجماعية يمكن الوصول إليها من طريق القانون الخاص ، كما فى الجمعيات التى تعمل لصالح الجماعة وخيرها .

١٠٩ — *تقدير هذا التقسيم* : ثمة اتجاه فقهى حديث يميل إلى إنكار تقسيم القانون الوضعى إلى قانون عام وقانون خاص بحجة أن هذا التقسيم ليست له إلا قيمة تاريخية تقليدية غير ذات مضمون عقلى وعلمى . وأن القانون من حيث جوهرة واحد سواء أنظرنا إلى المصدر الذى ينحدر منه (السلطة الجماعية) أو إلى الرابطة الداخلية الوثقى التى تربط الأفراد بالجماعة وبالدولة وبالجماعات السياسية التى تعتبر أعضاء فى الدولة . ومن

الذاهبين إلى هذا كيلسن Kelsen وديجى Duguit وفقاً لأفكارهما فى القانون . فديجى ينكر شخصية الدولة ويطبق القاعدة القانونية على الناس كافة فكان لا بد أن لا يكون لديه فرق جوهرى بين قانون عام وقانون خاص . وكذلك كيلسن الذى يذيب الدولة فى النظام القانونى ، ويغالى فى وحدة القانون إلى حد بسطه بحيث يشمل القواعد التى يعملها الأفراد ، بناء على أن الأفراد أنفسهم يسهمون بتصرفاتهم القانونية فى تنمية النظام القانونى . ولهذا لم يعط كيلسن أهمية حقيقية لتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص .

إلا أن هذا الاتجاه لم يلق تأييداً من جانب سائر الشراح ولهذا ظل التقسيم باقياً . وقد يكون فى هذا التقسيم جانب من عدم الدقة والغموض ، غير أن هذا ليس سبباً كافياً فى نبذه . إذ التغلب على الصعوبة لا يكون بتجاهلها أو الغض من قيمتها .

على أنه يجب ألا يصور هذا التقسيم على أنه تقسيم للقانون إلى منطقتين مختلفتين كل منهما عن الأخرى ، توجد بينهما منطقة لا تنتمى لأحد ، إنهما يمثلان فى الواقع مجالين مختلف كل منهما عن الآخر ولكن حدودهما غير واضحة . ويقترب كل منهما من الآخر بصورة مستمرة .

هذا التقسيم ليس إذن مطلقاً . هو يقوم على غلبة المصلحة العامة أو المصلحة الخاصة . وقد توجد قواعد تتعادل فيها المصلحتان فيصعب بسبب ذلك وضعها فى نطاق القانون العام أو فى نطاق القانون الخاص .

ثم إن هذا التقسيم يتغير فى الزمان وفقاً للاتجاهات الاجتماعية والسياسية . فرب أمور كانت فى وقت ما من أهم المسائل المتعلقة بالمصلحة العامة تعتبر فى أوقات أخرى متعلقة بالمصلحة الخاصة (كالدين مثلا) وأمور كانت تعتبر فيما مضى من مسائل المصلحة الخاصة تعتبر الآن من

صميم المصلحة العامة كمدة العمل اليومية فى عقد العمل[1] .

ثم إنه تقسيم يوجد فى بعض النظم والشرائع دون بعض ، إذ يكاد يكون مجهولا فى القوانين الانجلوسكونية[2] .

ولهذا التقسيم فوق أهميته النظرية أهمية عملية لا يجوز تجاهلها ، منها .

١ — أن السلطات العامة ، التى تنتمى إلى القانون العام ، تتمتع وفقاً لهذا القانون ، بامتيازات عدة ، فيجوز لها أن تتخذ إجراءات من جانب واحد (سواءاً كانت قوانين أو لوائح أو قرارات تنفيذية تتعلق بحالة معينة) يفرض تنفيذها على المحكومين ، وقد يحصل هذا التنفيذ وفقاً لإجراءات استثنائية إذا اقتضت الحال ذلك كنزع الملكية للمنفعة العامة والاستيلاء المؤقت ،والحق فى اقتضاء التنفيذ فوراً رغم مايقدم من طعون .

٢ — ثم إن الاتفاقات التى تبرمها الإدارة (العقود الإدارية) غالباً ما تنطوى على قواعد لا تخضع للقواعد العامة ، كحق الإدارة فى أن توقع بنفسها الجزاءات على المتعاقد المقصر فى تنفيذ التزاماته ، أو فى أن تغير شروط العقد مع تعويض المتعاقد معها إن وقع له ضرر بسبب هذا التعديل .

٣ — وتتمتع الأموال العامة وملكية الدولة بنظام حمائى خاص

---

(١) ويرى فريق من الشراح أن عبارة القانون العام لها معنيان مختلفان : معنى ضيق ومعنى واسع . فيقصد بها فى المعنى الضيق كل ما يتصل فقط بتنظيم الدولة وسيرها وحمايتها . أما فى معناه الواسع فيشمل أيضاً كل قواعد القانون الخاص التى تظهر فيها المصلحة العامة (راتا ص ١٥) .

إلا أن هذه الطريقة غير دقيقة للدلالة على ما يكون فى القانون الخاص من علاقات تكون من الأهمية بحيث تنظمها قواعد مطلقة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها .

(٢) حسن كيرة ، أصول القانون ص ٨١ .

لا تتمتع به أموال الأفراد، كعدم قابليتها للتصرف وعدم جواز اكتساب ملكيتها بالتقادم .

٤ — وفى حين تكون المنازعات المتعلقة بالقانون الخاص من اختصاص المحاكم المدنية تكون المسائل المتعلقة بالقانون العام خاضعة للقضاء الإدارى .

٥ — ويشكل القانون العام نظاماً قائماً بذاته مقابلا للقانون الخاص ، فهو يحاول عند وجود نقص فيه أن يكمل نفسه بنفسه مستخلصاً من ذات نفسه المبادئ العامة دون أن يلتجئ إلى القانون الخاص .

١١١ — *الصورة الحديثة للقانون الخاص* : ويتصل بتقسيم القانون إلى عام وخاص مسألة هامة لا شك أنها تؤثر فى هذا التقسيم وهى أن القانون الخاص قد طرأت عليه تغييرات عميقة أعطت له صورة حديثة تختلف عن صورته الأولى التى كانت له وقت تقنين نابليون :

لقد أخذ القانون الخاص شكله الرسمى فى تقنين نابليون (١٨٠٤) وفى التقنينات الأوروبية التى تلت ذلك التقنين والتى تأثرت به تأثراً كبيراً. وإذ وضع تقنين نابليون فى ظل مذهب القانون الطبيعى لا جرم جاء متأثراً بهذا المذهب ، حتى ليمكن القول إن مذهب القانون الطبيعى قد صار تقنينه بوضع تقنين نابليون . فى هذا التقنين صور القانون الخاص على أنه قانون الفرد ، وحامى الحقوق الأساسية التى يعترف بها النظام القانونى للفرد والتى ثبتت له وفقاً لمبادئ القانون الطبيعى(١) .

وكان يتسم القانون الخاص وقتئذ بسمتين : سمة دستورية وسمة فردية

(١) ولقد تجلى هذا الوضع واضحاً فى المادة الأولى من مشروع المجموعة المدنية الفرنسية إذ جاء فيها « يوجد قانون عالمى . لا يتغير ، مصدر القوانين الوضعية جميعها ، هو العقل الطبيعى الذى يحكم الناس كافة » .

أما سمته الدستورية فتتجلى فى أنه كان يعتبر مثوىً لجميع القواعد التى تكفل حماية الأفراد فى مواجهة الحاكم . أما سمته الفردية فتتجلى فى أن الفرد كان محور اهتمام المشرع ، فلم تكن وظيفة القانون الخاص هى تنظيم نشاط الجماعة الاقتصادى بل تنظيم نشاط الأفراد داخل الجماعة . وكان الفرد ينظر إليه ، لا على أنه خاضع لسلطان الدولة ، بل على أنه صاحب السلطة الطبيعى الذى يتعين على الدوله أن تحميه . وكان المقصود بالفرد الشخص الطبيعى لا الشخص المعنوى[١] .

وبناء على نظرية الحرية الاقتصادية التى كانت سائدة فى ذلك الوقت كانت تقتصر وظيفة الدولة على أن تكفل الحرية والمساواة بين الأفراد . وأن تحميهم بقواعد بوليسية . فكانت بمثابة المراقب لما ينشأ بين الأفراد من تنافس ، والحكم عند تعارض مصالح الأفراد ، تاركة المصلحة الاجتماعية لسير القواعد الاقتصادية الطبيعى التلقائى ولنشاط الأفراد الحر .

وكان الحق الأساسى للفرد والذى يراد حمايته هو حق الحرية . وكانت حماية هذا الحق تتأدى أساساً بوسيلتين كانتا محورى التقنينات الأوروبية ، وهما نظام الملكية ونظام العقد . وصورت الملكية عندئذ على أنها الحق المطلق فى الانتفاع بالشيء والتصرف فيه (م ٥٤٤ مدنى فرنسى) كما صور العقد على أنه قانون المتعاقدين (م ١١٣٤ مدنى فرنسى) .

أما ما كان يمكن أن يرد من قيود على الملكية أو العقد فكان يقصد به جعل التعايش الاجتماعى ممكناً . فكان يقال إن حق الملكية تقيده القوانين واللوائح (م ٥٤٤ مدنى فرنسى) وإن العقد لا يكون له أثر إذا كان مخالفاً للنظام العام أو الآداب .

---

(١) أما الجماعات ، باستثناء الأسرة ، فكانت تنظر الدولة إليها نظرة المستريب ولهذا كانت تخضعها لأشكال ترخيصية خاصة ، غير واثقة من أى اعتراف بسلطة لشخص غير الشخص الطبيعى ى الفرد .

ونلمس نفس الاتجاه فى تصوير الفقه الألمانى للحق (على أنه سلطة الإرادة) وللتصرف القانونى (على أنه التعبير عن إرادة للوصول إلى أهداف يحميها القانون) . وكان تقنين فكرة التصرف القانونى فى المجموعة المدنية الألمانية هو نهاية هذه الطريقة التشريعية التى كانت تجعل محور قواعد القانون الخاص هى حماية الشخص الفرد .

ولقد كانت المقابلة بين الفرد والدولة ، بين مصالح الفرد ومصالح الدولة هى التى وضعت الحدود بين القانون العام والقانون الخاص فى عبارات بسيطة : إذ كان يعتبر القانون الخاص هو القانون الذى يتعلق بالأفراد ليقرر لهم حق الحرية الطبيعى وليحمى هذا الحق بوسيلتين : الحق (وخاصة حق الملكية)، والتصرف القانونى (ونموذجه العقد)، واضعاً لذلك قواعد يمكن فى الأصل الاتفاق على مخالفتها . فى حين كان يعتبر القانون العام القانون الذى يتعلق بالدولة ليكفل تنظيمها وسيرها بوسائل ذات طابع عام تتجلى فيها سلطة الأمر (كالتشريع والقرار الإدارى والحكم) باعتبارها قواعد مطلقة (آمرة) لا يجوز لإرادة الأفراد الاتفاق على خلافها .

هذه التفرقة القائمة على أساس طبيعة الأشخاص والمصالح والوسائل التى تتأدى بها حماية تلك المصالح كانت تبدو مرضية . فكان الفرق بين القانون الخاص والقانون العام يبدو واضحاً سواء من الناحية الوظيفية (حماية مصالح الأفراد من ناحية وحماية مصالح الدولة من ناحية أخرى) أو من الناحية الموضوعية الحقوق والتصرف القانونى من ناحية ، وأعمال السلطة من ناحية أخرى).

١١٢ — إلا أنه منذ بداية القرن التاسع عشر إلى يومنا هذا أصاب النظام الاقتصادى الاجتماعى تغيرات عميقة ، كما أصاب النظام القانونى تغييرات كبيرة على أثر تدخل الدولة المتزايد فى الحياة الإقتصادية للأفراد

وهذا هوماً يعبر عنه الشراح الفرنسيون فى عبارتين لكل منهما دلالتها الواضحة . الأولى هى عبارة publicisation du droit privé أى طغيان القانون العام على القانون الخاص ، الثانية هى عبارة socialisation du droit privé أى صبغ القانون الخاص بصبغة جماعية . وعلى أثر هذه التغييرات الجذرية فى القانون الخاص فقد هذا القانون طابعه الدستورى وطابعه الفردى .

أما أنه فقد طابعه الدستورى فلأن حماية الحقوق الأساسية للأفراد والتى كانت فى القرن التاسع عشر هى الهدف الأساسى لتقنينات القانون الخاص أصبحت الآن هى وظيفة القانون العام بصفة عامة والقانون الدستورى بصفة خاصة . على هذا النحو سلب من القانونَ الخاص طابعه الدستورى فلم يعد ذلك القانونَ الذى يعترف للفرد بحقوقه الأساسية ويتولى حماية هذه الحقوق ، بل آل أمره إلى أن يكون القانونَ الذى ينظم علاقات الأفراد والنشاط الفردى للمواطنين .

أما أنه فقد طابعه الفردى فلأن التغييرات التى حصلت فى الجماعة وفى الحياة الاقتصادية قد أزرت تدريجياً بالفرد حتى فى نطاق القانون الخاص الذى كان فيما مضى يعد مضى معقله المنيع(١) .

---

(١) وكلا التغييرين اللذين أصابا القانون الخاص كانا نتيجة تطور بدأ منذ القرن الثامن عشر اشتركت فيه عوامل عدة نجملها فيما يأتى :

(ا) نشوء الفكرة الحديثة للدولة التى أخذت تضطلع تدريجياً بعدة وظائف وخدمات كانت من قبل متروكة للمبادرة الفردية أو للمنشآت الخاصة . ويقابل هذا التطور الأفكار الفلسفية التى ظهرت فى ذلك الوقت .

(ب) اضطراد تدهور فكرة الحق من سلطة إرادية إلى مصلحة يحميها القانون إلى عبارات تدمج الحق فى القانون ، بل إلى إتجاهات تنكر فكرة الحق ذاتها . والتصرف القانونى ذاته الذى كان فيما مضى معقل الإرادة الشامخ تسربت إليه القواعد الآمرة .

(حـ) مقتضيات الصناعة الكبرى اضطرت الفرد إلى الخروج من عزلته — التى كان يحببها إليه فيما مضى إقباله على الزراعة — فاشترك مع غيره فنشأت المشروعات الكبيرة فى شكل شركات ، وهذه تحالفت فى شكل كارتيل وترست الخ : =

ولقد أدت هذه التغييرات إلى تحول حاسم فى حياة القانون الخاص الذى لم يعد يقدر تقديراً شخصياً بل موضوعياً أو بالأخرى مضمونياً. فبعد أن كان مضمون القانون الخاص هو حماية النشاط الفردى فى مواجهة الحاكم أصبح مضمونه اليوم مجموعة من القواعد التى يقصد بها تنظيم بعض نواحى نشاط الحياة الاجتماعية. هذا المعنى المضمونى أتاح الدخول فى نطاق القانون الخاص لقوى اقتصادية جديدة مكونة من أشخاص عامة بل ومن الدولة. تعتبر المناهض للفرد.

وقصارى القول أن القانون الخاص الذى كان فيما مضى القلعة الحصينة لنشاط الفرد والحامى له فى المجال الاقتصادى، فقد تلك الملامح التى أضفتها عليه فلسفة القانون الطبيعى واتخذ مضموناً آخر فأصبح يتكون من مجموعة من القواعد والمبادىء التى تنظم نشاط الأفراد والجماعات، ففقد بذلك كل معنى ينطوى على وضع معين للفرد فى الجماعة (١).

ومنذئذ أصبح مركز الأفراد والجماعات وحمايتهم داخل الدولة موكولا لوسائل تخرج عن نطاق القانون الخاص وتنتمى إلى القانون العام.

= (د) الملكية باعتبارها مجموعة سلطات ومسئوليات لم تعد توائم المشروعات ما كبر منها وما صغر، فحدث انفصال بين ملكية المشروع والمبادرة الاقتصادية، بين ملكية الأسهم ورقابة الشركة. واختفى روادالصناعة الذين كانوا ملاكا للمشروعات وأصبحت هذه تدار بواسطة موظفين أو مديرين managers.

(هـ) كذلك العقد، وكان المحور الثانى الذى كان يقوم عليه نظام القانون الخاص فى ذلك الوقت، تغير تغيراً عميقاً على أثر عوامل متعددة نذكر منها على سبيل المثال إنتاج الأموال والخدمات على نطاق كبير، التعاقد الجماعى فى علاقات العمل، نشوء الاحتكارات الفعلية فى مجال الإنتاج الخ.

(١) ولقد شعرت بعض الدكتاتوريات أن فى صفة « الخاص » المقرونة بالقانون تحدياً للدولة، فنادت بالغائه (حدث ذلك فى عهد هتلر).

١١٤ — هذا التطور ، الذى أفقد القانون الخاص كل طابع دستورى وكل معنى فردى أو شخصى ، ربما كان هو أساس أزمة المثور على معايير للتمييز بين هذين الفرعين من القانون ، أى بين القانون العام والقانون الخاص ، حتى لقد ذهب بعض الشراح إلى إنكار هذا التقسيم الأساسى .
ولقد تجلى طغيان القانون العام على القانون الخاص بصورة واضحة عندما إزداد إلحاح القيود التى أوردتها الدولة على الحرية الاقتصادية . ولقد علت صيحات الفزع الأولى من جانب شراح القانون الخاص فى هذا الصدد بمناسبة القيود التى أدخلت أثناء الحرب العالمية الأولى واضطراد زيادة القيود الواردة على المبادرة الاقتصادية الفردية ، واضطلاع الدوله بدور المنظم الأعلى للقوى الاقتصادية فظهرت عبارة *publicisation du droit privé* أى صبغ القانون الخاص بطابع القانون العام وعبارة *socialisation du droit privé* أى صبغ القانون الخاص بطابع جماعى ، وبدأ الكلام فى الوظيفة الاجتماعية للحق وخاصة حق الملكية . ولم يكن استعمال هاتين العبارتين من وحى النظريات الفلسفية بل كانت بالأحرى نتيجة مشاهدة تدخل الدولة المتزايد من مجال الاقتصاد (١) .

ويقصد بهاتين العبارتين أن المجال الاقتصادى الذى كان للإرادة الفردية فى تقنينات القرن الثامن عشر قد غزته السلطات العامة(٢) . مما يصف ان المرحلة الراهنة للقانون الخاص بالمقابلة لحالته التى كان عليها فى تقنينات

---

(١) ولو أنه ظهرت أحياناً نظريات من وحى التفكير الفلسفى ، مثال ذلك نظرية الوظيفة الاجتماعية للحق ، التى ترجع أبوتها إلى الفقيه الفرنسى ديجى ، فى كتابه :
Les transformations générales du droit privé depuis le code Napoleon,, Paris 1912.

(٢) وبذلك يمكن أن يقال إن القانون الخاص «المطبوع بطابع القانون العام» publicisé أو «المطبوع بالطابع الجماعى» socialisé ينزل من القانون الخاص القديم الحالى من هذين الطابعين منزله الاقتصاد «الموجه» dirigé من الاقتصاد الحر .

القرن الماضي . هما يصفان مرحلة جديدة ليست انتقالية ، إذ الواقع أن عصر سيادة القانون الخاص قد انقضى . هما يدلان ، وخاصة أولاهما ، على أن الحدود بين القانون العام والقانون الخاص قد طمست وأن صلاحية القانون الخاص في الوقت الحاضر قد أصبحت محل شك . لهذا أصبح من اللازم فحص نطاق القانون الخاص حتى يمكن معرفة معناه الحديث والوقوف على حدوده الحالية ، على أن يكون من المتعين في هذا الفحص أن توضع في إطار التغييرات التي أصابت القانون الخاص ، سواء بفقده معناه الدستوري أو بزوال معناه الفردي ، التغييرات التي نشأت من تدخل السلطات العامة في مجال الاقتصاد . بهذه الطريقة فقط يمكن التعرف على الصورة الحديثة للقانون الخاص ، المرآة الحقيقية التي تتراءى فيها المرحلة الاقتصادية والاجتماعية الراهنة . أما إذا اقتصر الأمر على مجرد الاعتداد بالتعديلات الخارجية الناشئة من تدخل السلطات العامة فعندئذ تكون صورة القانون الخاص صورة غير حقيقية ويكون حاصل المسأله هو مجرد تركيب بعض عناصر خارجية في النسيج القديم لذلك القانون .

١١٥ — اتساع مجال القانون الخاص : على أن القانون الخاص قد اكتسب ملامح جديدة نتيجة لما تقوم به الإدارة العامة من نشاط ينتمي إلى القانون الخاص . ولقد ترتب على هذا اتساع نطاق القانون الخاص . وساعد على هذه الظاهرة تكاثر المؤسسات العامة التي تبدو وظائفها مختلفة عن وظائف الدولة ، وتكون شبيهة بالمشروعات الفردية . ويدل هذا على أن وسائل القانون الخاص التقليدية (الحق ، والتصرف القانوني ، والملكية) لا تتعارض مع مقتضيات المصلحة العامة ، بل غالباً ما تفضلها الإدارة العامة في إدارة الأموال التي تنتمي إليها . ذلك أن الإدارة العامة في انتفاعها بأموالها الاقتصادية وإدارة تلك الأموال ، سواء ما كان لها بصفة أصلية أو آل إليها

بطريق نزع الملكية ، تُجرى وسائل القانون الخاص ، ظاهرةً بمظهر صاحب الحق لا بمظهر صاحب السلطة العامة وتمارس نشاطها عن طريق التصرف القانونى لا عن طريق أعمال السلطة . إن السلطة العامة التى تكون للإدارة إنما تنتهى فى الوقت التى تحصل فيه على بعض الأموال أو تحتفظ لنفسها ببعض المشروعات أو تقصر على نفسها القيام بنشاط معين . ولكن بعد ذلك تتجرد الدولة من سلطتها وتكون على قدم المساواة مع الأفراد . هذا هو ما يسمى النشاط الخاص للادارة العامة . هنا تكون الأهداف التى يراد الوصول إليها أهدافاً عامة وذلك لأن الشخص الذى يزاول النشاط ، وهو شخص عام ، لا يستطيع أن يسعى إلا إلى تحقيق أهداف عامة . أما الوسائل القانونية المستعملة (الحق ، التصرف القانونى) فيمكن استعمالها لتحقيق أهداف قد تكون عامة أو تكون خاصة .

على أن أخصب مجال تتحقق فيه ظاهرة النشاط الخاص للإدارة العامة هو النشاط التجارى التى تزاوله الدولة إذ نشهد فى هذا الصدد تزايداً مضطرداً فمن عدد قليل من المشروعات التى تديرها الدولة بأساليب عامة بحت ، إلى عدد متزايد من المشروعات التى تديرها الدولة وأشخاصها العامة بوسائل تنتمى إلى القانون الخاص ، إلى مؤسسات عامة تقتصر وظيفتها على ممارسة نشاط تجارى أو صناعى أو زراعى أو تعاونى ، إلى مساهمة الدولة فى شركات الأموال . وفى هذه الحالة الأخيرة لا تقتصر الدولة على استعمال وسائل القانون الخاص بل انها تظهر من الناحية الشخصية بمظهر صاحب الحق (فى معنى القانون الخاص) ذلك أن مساهمة الدولة فى شركات الأموال أياً كان مقدار هذه المساهمة لا يخلع الصفة العامة على الشركة . بل تظل الشركة ذات طابع خاص فيما يتعلق بتنظيمها وسيرها .

١١٦ — النتيجة من كل ما تقدم أنه ترتب على التغييرات التى طرأت على القانون الخاص أن تكونت لهذا القانون صورة جديدة توائم الحياة

الاجتماعية والاقتصادية الحديثة ، وتختلف بالتالى عن الصورة التى كانت له فى القرن الثامن عشر .

وعلى ذلك فاصطباغ القانون الخاص فى صورته الحديثة بصبغة القانون العام وبالصبغة الاجتماعية ليس مجرد اضافة إلى المذهب القديم الذى صار تقنينه بل هو علامة دالة على نشوء نظام إن لم تنقطع صلاته بالنظام السابق فقد اكتسب بكل تأكيد ذاتية مستقلة بارزة . ثم يلاحظ من ناحية أخرى أن القانون الخاص لم يفقد مجاله البتة بل لقد اكتسب مجالات جديدة عندما فرض استعمال وسائله على النشاط الاقتصادى للدولة والأشخاص للعامة الأخرى .

* * *

١١٧ — وكما ينقسم القانون إلى عام وخاص ينقسم كل من هذين القسمين إلى فروع . وعلى ذلك نتكلم أولا فى فروع القانون العام ثم فى فروع القانون الخاص .

الفرع الأول

فروع القانون العام

١١٨ — يقسم الفقه القانون العام إلى فروع بعضها مسلم والآخر مختلف عليه . فمن الفروع المسلم انتماؤها إلى القانون العام القانون الدستورى والقانون الإدارى . أما المختلف عليه فهو القانون الجنائى وقانون الإجراءات المدنية والجنائية والقانون المالى .

١١٩ — القانون الدستورى : وقد أتته هذه التسمية من أن قواعده الأساسية يشتمل عليها دستور مكتوب أو غير مكتوب . وهو يشتمل

على القواعد القانونيه التى تبين الأسس التى تقوم عليها الدولة ، فيعالج نظام الدوله من حيث شكلها وسلطاتها (التشريعية والتنفيذية والقضائية) ووظيفة كل سلطة ، كما يحدد مدى إسهام الأفراد فى تنظيم هذه السلطات (حق الاقتراع) وهو مايسمى الحقوق السياسية وكذلك يبين الحريات السياسية كحرية الرأى وحرية الصحافة وحرية الاجتماع ، كما يبين الواجبات العامة كواجب الدفاع عن الوطن وواجب أداء الضرائب والتكاليف العامة .

والقانون الدستورى هو أكثر من مجرد فرع من فروع القانون العام ، إنه الجزء الرئيسى فى ذلك القانون .

١٢٠ — *القانون الإدارى* : وهو أوسع أجزاء القانون العام . وهو يعالج مواضيع ترتبط ارتباطاً شديداً بمواضيع القانون الدستورى . وهو لذلك يعتبر امتداداً للقانون الدستورى فى جزئه المتعلق بالوظيفة التنفيذية . ولعله لهذا ذهب فريق من الفقهاء الألمان ، وخاصة فى القرن الماضى ، إلى دراسة القانون الدستورى مع القانون الإدارى فى كتاب واحد يحمل اسم « قانون الدولة » (Staadtsrecht) . إلا أن الفقه اللاتينى والمصرى يدرسان القانونين كلا منهما على حدة .

ويدخل فى اختصاص القانون الإدارى : (١) تنظيم الإدارة من حيث بيان وظائف أعضاء الدولة التنفيذيين وسلطاتهم وبيان تقسيمات الاقليم والسكان ، (٢) تنفيذ القوانين (٣) تنظيم الشرطة (٤) تنظيم المرافق العامة (٥) تنظيم الأموال التى تتكون منها ذمة الدولة والأشخاص العامة الأخرى (٦) تنظيم علاقات الدولة بالأشخاص العامة الأخرى التى تتمتع باستقلال جزئى فى مواجهة الدولة لما يكون لها من مصالح خاصة تبرر هذا الاستقلال . على أنه يلاحظ أن الدولة بما ، تضطلع به من تحقيق النفع العام للشعب ، تمارس رقابة إدارية على هذه الأشخاص .

١٢١ — القانون الجنائى : ويشمل مجموعة القواعد القانونية التى تبين الأفعال المحرمة وتحدد العقوبة على مقارفة هذه الأفعال . ولقد اختلف الشراح فى مكان هذا القانون :

فذهب رأى الى أنه ينتمى إلى القانون الخاص ، لما أن الجزء الأكبر من نصوص هذا القانون يتناول تحريم الاعتداءات التى تقع على حقوق الأفراد ومصالحهم . فى حين يرى آخرون أنه جزء من القانون العام بناء على أن القانون الجنائى تسوده فكرة الدفاع عن الجماعة وأن الدولة هى وحدها التى تملك توقيع العقاب .

ويذهب رأى ثالث إلى اعتبار القانون الجنائى من قبيل القوانين المختلطة التى تدلى بنسب إلى كل من القانون العام والقانون الخاص . ويحتج أنصار هذا الرأى بأن القانون الجنائى مع تعلقه بسلطة الدولة التى تتولى العقاب لايجوز قصره على القانون العام وحده ، فهو لاينصب على طائفة معينة من العلاقات الاجتماعية ولا يتصل بنوع معين من فروع القانون على وجه خاص ، وإنما هو يكفل ، عن طريق العقوبة احترام قواعد القانون الخاص وقواعد القانون العام ، وأن المجموعة الجنائية كما تحرّم الأفعال التى تعتبر اعتداء على الجماعة وتعاقب عليها تحرم الأفعال التى تعتبر اعتداء على الأفراد وتعاقب عليها . ثم إن الجريمة ليست أمراً مقصوراً على الجماعة فى علاقتها بالمجرم ، فهناك المجنى عليه الذى يتمتع فى هذا الصدد بميزات هامة تصل إلى حد تمكينه من تحريك الدعوى العمومية من طريق إقامة نفسه مدعياً بالحق بالمدنى . لذلك يخلص أنصار هذا الرأى الى اعتبار القانون الجنائى من قبيل القوانين المختلطة أو من قبيل القوانين المساعدة التى تستهدف تنفيذ القانون عامه وخاصه .

والذى نختاره هو اعتبار القانون الجنائى من فروع القانون العام وذلك

لأن الجريمة تعتبر دائماً اعتداء على مصلحة اجتماعية وعامة هى مصلحة الدولة فكل جريمة وإن كانت اعتداءاً مباشراً على مصلحة فردية فانها تضر دائماً بمصلحة عامة لمجرد أنها تخالف أمراً أو نهياً نص عليه القانون الجنائى ، أى مصلحة الدولة فى حماية الفرد أو الجماعة محل الاعتداء . وأخيراً فان الدولة وهى تعتبر طرفاً فى العلاقة الناشئة من الجريمة إنما تتدخل بإعتبارها صاحب سلطة تأمر وتطاع وقد رأينا أن هذا هو معيار اعتبار القاعدة القانونية من قواعد القانون العام .

١٢٢ — القانون الإجرائى : وهو نوعان : قانون الاجراءات الجنائية وقانون الاجراءات المدنية . وسمى بالقانون الاجرائى . لما أنه ينظم سير الدعاوى أمام القضاء عند مخالفة قاعدة قانونية والمطالبة أمام القضاء بالجزاء على هذه المخالفة .

ويذهب رأى الى اعتبار القانون الاجرائى بنوعيه من قبيل القوانين المختلطة . ويحتج أنصار هذا الرأى ، بالنسبة لقانون الاجراءات الجنائى ، بما احتجوا به لاعتبار القانون الجنائى من قبيل القوانين المختلطة . أما بالنسبة لقانون الاجراءات المدنية (واسمه غير الدقيق قانون المرافعات المدنية) فيقول أنصار هذا الرأى إن الوظيفة القضائية ، وهى بطبيعتها من القانون العام ، تتصل كذلك بالقانون الخاص ، لما أن الغايه التى تستهدفها الدعوى والحكم المدنى هو إعمال القانون المدنى .

والذى نختاره هو اعتبار القانون الاجرائى بنوعيه من فروع القانون العام اذ هو يمثل أعلى وظيفة فى الدولة وهى إدارة العدالة . هو كالقانون الادارى : فكما أن مضمون القانون الإدارى هو التنظيم الإدارى فكذلك القانون الاجرائى مضمونه التنظيم القضائى .

ويلاحظ أنه إلى جوار القانون الاجرائى العادى توجد قوانين إجرائية

أخرى كالقانون الاجرائى الإدارى. والفقه فى معظمه يعالج هذا النوع الأخير وهو بصدد الكلام فى فرع القانون المتعلق به وهو القانون الإدارى.

١٢٣ — التشريع المالى : وهو ينظم نفقات الدولة والأشخاص العامة الأخرى وإيراداتها ولهذا كان من فروع القانون العام. إلا أنه بالنظر الى ما للمسائل المالية من أهمية كبرى وطابع فنى بارز اكتسب التشريع المالى ذاتيه مستقلة واتسعت رحابه اتساعاً كبيراً بحيث أصبح يشكل نظاماً قانونياً قائماً بذاته يميل بعض الفقهاء إلى سلخه من القانون العام ليجعله موضع دراسة قائمة بذاتها فى كليات الحقوق.

الفرع الثانى

فروع القانون الخاص

١٢٤ — القانون المدنى : أول فروع القانون الخاص وأهمها هو القانون المدنى، بل لقد استعملت عبارة القانون المدنى كمرادف للقانون الخاص. ويضم القانون المدنى القواعد القانونية التى تنظم علاقات الحياة العادية بين الأفراد.

والأصل أن يشمل القانون المدنى القواعد التى تتعلق بحقوق الشخص وواجباته بوصفه هذا أى باعتباره فرداً منح الشخصية القانونية (قانون الأشخاص) والقواعد التى تتعلق بالشخص بوصفه عضواً فى أسرة (قانون الأسرة) والقواعد التى تنظم مركز الفرد بالنسبة للأشياء (قانون الأشياء) والقواعد التى تنظم علاقات التداول (قانون الالتزامات) والقواعد التى تنظم مصير ذمة الشخص بعد موته (قانون المواريث).

إلا أنه يلاحظ أن قانون الأسرة وقانون المواريث ينتميان فى مصر لقوانين أخرى هى قوانين الأحوال الشخصية. ولذا يقتصر القانون المدنى

المصرى على القواعد التى تتعلق بحقوق الشخص وواجباته باعتباره شخصاً وقانون الالتزامات وقانون الأشياء .

والقانون المدنى يعتبر أهم فروع القانون عامة ، بل هو يعتبر الشريعة العامة فى القانون الخاص ، بمعنى أن قواعده يجب أن تنطبق كلما لم يوجد حكم مخالف فى فرع آخر من فروع القانون الخاص . ويعتبر القانون التجارى قانوناً استثنائياً بالنسبة الى القانون المدنى ، إذ هو يتضمن مجموعة من القواعد التى تشذ عن القانون المدنى . ولذا إذا لم يوجد نص فى القانون التجارى طبقت قواعد القانون المدنى باعتباره الشريعة العامة .

والقانون المدنى يتوجه الى الناس كافة دون تمييز بين شخص وآخر . وهو يحكم حياة الفرد اليومية ، وهو أكثر القوانين اكتمالا بالنظر إلى قدمه وأهميته . ولقد كان انموذجا لسائر فروع القانون الخاص بل وللقانون العام نفسه ، الذى بدأ فى تنظيم أحكامه على نمط القانون المدنى فاستعار جانباً من القواعد الفنية فى ذلك القانون ثم استقل بعد ذلك بنفسه وأخذ يصوغ لنفسه قواعد فنية خاصة به .

١٢٥ — **القانون التجارى** : وكذلك يعتبر القانون التجارى من فروع القانون الخاص . ولقد كان فى أول الأمر جزءاً من القانون المدنى ثم انسلخ منه وأصبح يشكل قانوناً قائماً بذاته . ولو أن هناك من التقنينات الحديثة ما ألغى مجموعة القانون التجارى وادمج موضوعاتهـــا فى مجموعة القانون المدنى (التقنين المدنى الإيطالى الجديد ١٩٤٢) .

ومهما يكن من شىء فإن القانون التجارى هو القانون الذى ينظم بصورة خاصة ، من بين علاقات الحياة الفردية ، تلك العلاقات التى تنشأ من تداول الأموال والخدمات التى يقوم بها الأفراد على وجه الاحتراف ، ولهذا فإن

القانون التجارى يتصل على وجه الخصوص بقانون الالتزامات المدنية لا يميزها منه إلا طابع الاحتراف الذى يسود تداول الأموال والخدمات .

والقانون التجارى شعب عدة فهناك قانون التجارة البحرى وهو يتعلق بالنقل البحرى ، والعقود الخاصة بالأشياء التى تنقل بطريق البحر . وهناك قانون التجارة البرى ويشمل التجار والأعمال التجارية والمحل التجارى والشركات التجارية والعقود التجارية والأوراق التجارية (وهى صور خاصة من الحقوق) ، والإفلاس (وهو نظام خاص بالتجار الذين يتوقفون عن دفع ديونهم) ، ونظم كثيرة أخرى خاصة بالتجار كنظام السجل التجارى . وهناك قانون التجارة الجوى وهو يتعلق بالنقل بطريق الجو .

١٢٦ — قانون العمل :ويشمل القواعد القانونية التى تحكم علاقات العمال بأرباب الأعمال . وهو يتصل بالقانون الخاص من ناحية عقد العمل الفردى حيث تجد علاقات العمل تنظيمها العام فى تلك الشريعة العامة (القانون الخاص) كلما لم يرد تنظيم خاص فى قانون العمل .

المبحث الثانى

القانون الداخلى والقانون الدولى

١٢٧ — إلى جوار القواعد القانونية (العامة والخاصة) التى تطبق داخل الدولة توجد قواعد قانونية تنظم العلاقات التى تنشأ بين الدول المختلفة ، أو بين أشخاص تابعين لدول مختلفة . ومن هنا كان تقسيم القانون الى قانون داخلى وقانون دولى .

فالقانون الداخلى هو مجموعة القواعد التى تطبق داخل الدولة . وقد يكون القانون الداخلى موحداً ، فيسرى على جميع سكان الدولة ، وهذا هو

المألوف . إلا أن الأمر لا يكون دائماً كذلك : فنى الولايات المتحدة الأمريكية مثلا يوجد قانون فيدرالى وإلى جواره قوانين خاصة بكل ولاية .

أما القانون الدولى فيتكون من القواعد التى تمثل حياة الدولة ، من الناحية الخارجية ، فى علاقاتها بالدول الأخرى ، سواء فيما يتعلق بالدول باعتبارها هيئات صاحبة سيادة ومن أشخاص القانون العام ، أو فيما يتعلق بمواطنى الدول المختلفة أو بالدول نفسها عندما تمارس نشاطاً باعتبارها أشخاص قانون خاص .

ومن هنا كان تقسيم القانون الدولى إلى قانون دولى عام وقانون دولى خاص .

١٢٨ — **القانون الدولى العام** : وهو يتكون من مجموعة القواعد القانونية التى تنظم علاقات الدول بعضها ببعض باعتبارها أشخاص قانون عام أى بوصفها سلطات سياسية ، وذلك فى وقت السلم ووقت الحرب والحياد .

ويتميز هذا القانون بخواص معينة ، منها :

١ — أن قواعده ليست من وضع سلطة تشريعية عليا على نحو ما هو حاصل فى القانون الداخلى ، وإنما نشأت تلك القواعد من العرف الدولى ومن المعاهدات الدولية .

٢ — أن قواعده تتعلق بالدول باعتبارها سلطات صاحبة سيادة ، فلا تعلق لها بمواطنى الدول ، ولا بالدول نفسها باعتبارها أشخاص قانون خاص .

٣ — أن الجزاء الذى يتحرك عند مخالفة قواعد هذا القانون ليس فى درجة فاعلية الجزاء الذى يطبق عند مخالفة قواعد القانون الداخلى[١] ، ثم إنه جزاء ذاتى توقعه الدولة المعتدى عليها وليس جزاء خارجياً توقعه سلطة علياً كما هو الحال عند مخالفة قواعد القانون الداخلى .

---

(١) راجع ص ٢٩ و ٣٠ من هذه المذكرات .

٤ — أن قواعد هذا القانون نوعان ، قواعد سلم وقواعد حرب وحياد: فالقواعد الأولى تبين الشروط التى يجب توافرها لوجود الدولة ، أى اكتسابها الشخصية الدولية ، كما تبين نوع كل دولة من حيث كونها تامة السيادة أو ناقصتها، وتحدد حقوق الدول وواجباتها وأحوال المسئولية الدولية، وتبين كيفية اتصال الدول بعضها ببعض عن طريق تبادل التمثيل السياسى والقنصلى ، والمعاهدات التى تقوم بين الدول . كما توضح كيفية فض ما ينشأ بين الدول من منازعات ، سواء عن طريق المفاوضات أو التحكيم أو القضاء الدولى، ولقد اكتسب هذا القانون اختصاصاً جديداً نشأ لها بظهور المنظمات الدولية (كمنظمات الأمم المتحدة وما يندرج فيها مثل الجمعية العامة ومجلس الأمن والمجلس الاقتصادى والاجتماعى ، ومجلس الوصاية ، وهيئة العمل الدولية . وهيئة الثقافة العالمية unesco ومحكمة العدل الدولية وبنك الانشاء والتعمير) والمنظمات الإقليمية كجامعة الدول العربية ، إذ تنظم قواعد القانون الدولى العام طرق تكوين هذه المنظمات واختصاصاتها وعلاقاتها بعضها ببعض وعلاقاتها بالدول .

أما قواعد الحرب فتبين متى تنشأ حالة الحرب ومتى تنتهى ، وما يجوز استعماله من الأسلحة وما لا يجوز ، وتنظم كيفية تبادل الأسرى والجرحى ، وتحدد قواعد الهدنة ، وكذلك تبين حقوق الدول المحايدة وواجباتها قبل الدول المتحاربة .

١٢٩ — والقانون الدولى العام ينقسم ، على غرار القانون العام الداخلى إلى أقسام ، منها :

(ا) قانون دستورى دولى ، وهو يتولى بيان سيادة كل دولة على إقليمها (الحدود) وعلى أشخاصها (الجنسية) كما ينظم التمثيل الدبلوماسى وتحالف الدول بعضها مع بعض فى شكل مواثيق كميثاق عصبة الأمم وميثاق الأمم المتحدة

(ب) قانون إدارى دولى ، وهو يتولى إدارة المرافق العامة الدولية ، مثل مكاتب الاتحادات الدولية للبريد ، والموازين والمقاييس ، وحماية الملكية الصناعية ، ومكتب العمل الدولى ، وتنظيم الانهار الدولية ، والتنظيم المالى والاقتصادى الدولى والبنوك الدولية وصندوق النقد الدولى .

(ج) قانون قضائى دولى ، وهو الذى يتولى تنظيم الجهات القضائية التى تتولى التحكيم فى المنازعات أو الفصل فيها ، ومثالها محكمة العدل الدولية .

(د) قانون جنائى دولى ، وكان يتناول فى صورته الأولى مسائل عدة منها: بيان مدى السيادات الوطنية فيما يتعلق بالجرائم مثل تحديد مدى اختصاص القانون الجنائى للدولة فى معاقبة الجرائم التى يرتكبها الأجانب فى أرض هذه الدولة أو يرتكبها رعايا هذه الدولة فى الخارج ، وكذلك تنظيم التعاون بين الدول على عقاب الجرائم عن طريق الإجراء الذى يسمى تسلم المجرمين .

أما فى الوقت الحاضر فيستعمل اصطلاح القانون الجنائى الدولى للدلالة على معنى آخر ، إذ يقصد به مجموع القواعد التى تجازى جنائياً على الجرائم التى ترتكب ضد القانون الدولى العام وضد الإنسانية . فبعد الحرب العالمية الثانية أنشأت فرنسا وانجلترا والولايات المتحدة وروسيا فى سنة ١٩٤٥ محكمة عسكرية دولية مهمتها محاكمة كبار مجرمى الحرب من دول المحور الأوروبية ومعاقبتهم .

ولقد كانت القواعد التى وضعت وطبقت فى هذا الخصوص مثار نقاش فى الفقه وذلك لأنها حددت الجرائم والعقاب عليها بعد وقوع الأفعال التى اعتبرت جرائم دولية وذلك خلافاً لما هو متبع عادة فى القانون الجنائى الحديث من أن الجريمة والعقاب عليها يحددان قبل وقوع الفعل ، إذ القاعدة أنه لاعقوبة ولا جريمة إلا بنص (يعتبر الفعل قبل وقوعه جريمة ويقرر العقوبة التى تطبق عليه) .

وأياً كان الأمر فالاتجاه الآن إلى بسط نطاق القانون الجنائى الدولى فى صورته هذا لا على الأفراد فحسب بل كذلك على الدول التى تقارف أمثال هذه الجرائم .

١٣٠ — **القانون الدولى الخاص** : وهو يتكون بحسب الأصل من مجموع القواعد التى تبين المحكمة المختصة والقانون الواجب التطبيق فى علاقة تنشأ بين الأفراد يكون أحد عناصرها ذا صفة أجنبية ، كأن يكون أحد أشخاص العلاقة أجنبياً ، أو يكون موضوعها موجوداً فى بلد أجنبى ، أو تنشأ العلاقة نفسها فى بلد أجنبى . ومثال ذلك أن يبيع إيطالى لفرنسى عقاراً موجوداً فى مصر ويبرم العقد فى مصر (العلاقة هنا أجنبية من حيث أشخاصها) ، أو أن يبيع مصرى لمصرى عقاراً موجوداً فى إيطاليا (العلاقة هنا أجنبية من حيث موضوعها) أو أن يتزوج مصرى مصرية ويتم الزواج فى فرنسا (العلاقة هنا أجنبية من حيث مكان نشوئها) . وبذلك يكون الموضوع الأساسى للقانون الدولى الخاص هو تنظيم العلاقات الخاصة التى تكون أجنبية فى عنصر أو أكثر من عناصرها الثلاثة : أشخاصها أو موضوعها أو مكان نشوئها .

فاذا ثار نزاع بشأن علاقة من هذا النوع كان على محكمة الدولة التى رفعت إليها الدعوى ، ولنفرض أنها محكمة مصرية ، أن تتحرى ما إذا كانت المحاكم المصرية مختصة بنظر هذه الدعوى أم محاكم دولة أخرى من الدول التى تتصل بها العلاقة فى أحد عناصرها . ولكى يُعرف هذا ترجع المحكمة المصرية الى طائفة من قواعد القانون الدولى الخاص المصرى تسمى قواعد تنازع الاختصاص القضائى (الدولى) . فإذا تبين للمحكمة أن المحاكم المصرية مختصة بنظر مثل هذا النزاع كان عليها أن تنظر فى مسألة أخرى وهى أى القوانين التى تتنازع حكم هذه العلاقة يكون هو المختص موضوعياً

بحكمها أهو القانون المصرى أم قانون دولة أجنبية . ولكى يعرف هذا ترجع المحكمة المصرية إلى طائفة أخرى من القواعد الموجودة فى القانون الدولى الخاص المصرى وهى قواعد تنازع القوانين ، أو قواعد الإسناد . فاذا عينت هذه القواعد القانون الواجب التطبيق ولنفرض أنه قانون أجنبي قامت المحكمة المصرية بتطبيق أحكام ذلك القانون الأجنبي على العلاقة المرفوعة أمامه .

ويتضح مما تقدم عدة أمور : الأول أنه ليس كل محكمة ترفع إليها الدعوى فى علاقة معينة تكون مختصة بنظر هذه الدعوى إذا كانت العلاقة موضوع النزاع لاتمت فى أحد عناصرها بصلة إلى دولة هذه المحكمة . الثانى ، إنه إذا اختصت محكمة بنظر نزاع ناشىء من علاقة ما لاتكون ملزمة دائماً بتطبيق قانونها الموضوعى ، فقد تطبق المحكمة المصرية القانون الموضوعى لدولة أخرى . الثالث ، أن قواعد القانون الدولى الخاص (سواء أكانت قواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى أم قواعد تنازع الاختصاص القانونى) هى قواعد ذات طابع إجرائى وليست قواعد موضوعية ، فهى لاتفصل فى الموضوع بل تعين القانون الواجب التطبيق ، المختص بالفصل فى موضوع النزاع وقد يكون القانون الذى تعينه هذه القواعد قانوناً أجنبياً .

١٣١ — طابع قواعد القانون الدولى الخاص : قواعد القانون الدولى الخاص ، هى قواعد قانون داخلى لها ما لسائر قواعد القانون الداخلى من خصائص وفاعلية ، ولهذا فإن إنشاءها وتعديلها وإلغاءها يحصل بنفس الطرق المطبقة فى الدولة .

وهذا هو الحل السائد فى الفقه الحديث ، على خلاف رأى قديم كان يعتبر قواعد القانون الدولى الخاص قواعد ذات طابع دولى . وأحياناً ما تتفق الدول بعضها مع بعض على إنشاء قواعد قانون دولى خاص ، ويكون

مقتضى الاتفاق أن تضع كل من هذه الدول القواعد المتفق عليه ضمن قواعد قانونها الداخلى . فإذا ما فعلت الدولة ذلك صارت هذه القواعد جزءاً من قانونها الداخلى فلا يكون لها أى طابع دولى . وعلى ذلك تعتبر قواعد القانون الدولى الخاص دائماً قواعد قانون داخلى .

ويوسع بعض الفقهاء نطاق القانون الدولى الخاص ، فلا يقصره على قواعد تنازع الاختصاص القضائى الدولى وقواعد تنازع الاختصاص القانونى فحسب بل يدخل فيه موضوعات أخرى ، هى : الجنسية والموطن وحالة الأجانب ، وهذا هو اتجاه الدراسة فى كليات الحقوق فى الجمهورية العربية المتحدة .

المبحث الثالث

القانون الفردى والقانون الجماعى

ثمة تقسيم حديث للقانون ، إلى قانون فردى وقانون جماعى . وأساس هذا التقسيم هو وضع الفرد فى العلاقة التى هو طرف فيها .

١٣٢ — فيكون القانون فردياً individuel إذا كان ينظم علاقات الأفراد بعضها ببعض باعتبار كل منهم فرداً قائماً بذاته ، لا باعتباره عضواً فى جماعة .

ومثال هذه العلاقات علاقة المتعاقدين أحدهما بالآخر وجميع العلاقات التجارية . وهى تتميز : ١ — بأنها علاقات تخضع لمبدأ العدل التبادلى القائم على معادلة الأموال المتبادلة بعضها ببعض ، ٢ — وأنها علاقات ، الأصل فيها ، أنها تنشأ من عقد يترتب عليه نشوء التزامات على كل من طرفى العلاقة ، أى أن العقد هو الذى ينظمها ، ٣ — وأنها علاقات تكون مؤقتة وعارضة ، ٤ — وأنها تنتمى إلى القانون الخاص .

١٣٣ — ويكون القانون جماعياً corporatif أو social أو institutionnel إذا كان ينظم علاقات جماعية ، تكون بين أعضاء جماعة واحدة ، تستهدف الصالح العام الذى يربط ما بين أعضاء تلك الجماعة ، يوجد الفرد فيها لا باعتباره فرداً بل بوصفه عضواً فى جماعة .

ومثال هذه العلاقات علاقات المواطنين بعضهم ببعض داخل الدولة ، والعلاقات التى تكون بين الأزواج والأقارب والأولاد داخل جماعة واحدة هى العائلة ، والعلاقات التى تكون بين أعضاء الجمعية أو الشركة ، والعلاقات التى تكون بين العمال وأرباب الأعمال داخل الحرفة الواحدة .

وتتميز هذه العلاقات : ١ — بأنها علاقات يهيمن عليها مبدأ العدل الجماعى ، الذى يحمل الفرد واجبات لمصلحة الجماعة ، مستهدفاً الصالح العام . ٢ — وأنها علاقات يحكمها القانون ، ضرورةَ أنه — لا بد من سلطة تبين مقتضيات الصالح العام وواجبات الأعضاء ، ٣ — وأنها علاقات تكون بين هيئات جماعية قد أعدت لتستمر ولذلك كانت مستقرة ودائمة ، ٤ — وأن منها ما ينتمى إلى القانون العام ومنها ماينتمى إلى القانون الخاص .

١٣٤ — والهيئات الجماعية التى ينظمها القانون الجماعى ، تشترك جميعها فى خصائص واحدة : ١ — فهى تتكون من مجموعة من الأشخاص ، ٢ — تربطهم بعضهم ببعض فكرة مشتركة ، وهدف من الصالح العام يبتغون تحقيقه ، ٣ — ويقوم على أمورها تنظيم أساسه تعيين نفر من بين أفراد هذه الجماعة يمارسون السلطات فى هذه الهيئات ابتغاء الصالح العام .

وتختلف هذه الهيئات الجماعية باختلاف الغرض الذى تستهدفه ، فقد تكون ذات هدف رياضى وقد تكون ذات هدف علمى وقد تكون هيئات دينية . كما أنها تختلف بحسب طريقة تنظيمها : فالعائلة ، والمشروع يختلفان فى تنظيمهما

عن الجمعيات ، كما أن منها ما ينتمى إلى نطاق القانون العام ، ومنها ما يدخل فى نطاق القانون الخاص .

فالهيئات الجماعية التى تنتمى إلى القانون العام هى الدولة وهى فى قمة هذه الهيئات (وتشتمل الدولة بدورها على هيئات عدة : كالجيش والشرطة والقضاء الخ) . ثم يأتى بعد الدولة الهيئات العامة الأخرى كالمحافظات والمدن الخ . ولكل من هذه الهيئات كيان قائم برأسه فى حدود مصالحها الذاتية . ويأتى بعد ذلك المنشآت العامة والتى تتمتع بجانب من الذاتية كالجامعات .

أما الهيئات الاجتماعية التى تنتمى إلى القانون الخاص فهى : ١ — الشركات التى تستهدف الربح ، والجمعيات التى تستهدف أغراضاً خيرية ، ٢ — ثم المشروعات الاقتصادية ، ثم الأسرة التى هى الخلية الأولى للمجتمع .

١٣٥ — علاقة هذا التقسيم بالتقسيم التقليدى : هناك علاقة بين تقسيم القانون إلى فردى وجماعى وتقسيمه إلى عام وخاص . فالقانون العام هو فى مجموعه قانون جماعى ، إذ هو ينظم علاقات المواطنين وكذلك علاقات الدولة وسائر الهيئات العامة إبتغاء الصالح العام . وكذا القول فى سائر فروع القانون العام ، مع بعض الفروق ، فالقانون الدستورى قانون جماعى فى أساسه . والقانون الادارى قانون جماعى فى جزء كبير منه . فكل إدارة تعتبر تنظيماً جماعياً . ولكن عندما تنزع الادارة ملكية فرد ، أو تعقد عقداً مع مقاول أو مورد ، أو يترتب على نشاطها ضرر لأحد المواطنين فلا تكون القواعد التى تطبق عندئذ قواعد جماعية ، إذ لا ينظر إلى الفرد فى هذه الحالة على أنه عضو فى تنظيم إدارى معين ، وإنما ينظر إليه على حدة باعتباره فرداً . والقانون الجنائى جماعى كله . أما القانون الخاص فالأصل فيه أنه قانون فردى . ولكن يوجد فيه أيضاً القانون الجماعى ، فقانون الأسرة

وقانون الشركات وقانون الجمعيات وقانون العمل قوانين جماعية .

١٣٦ — يتضح مما تقدم كيف يساعد هذا التقسيم على بيان الجانب الفردى والجماعى فى كل من القانون العام والقانون الخاص . غير أن هذا التقسيم الحديث لا يغنى عن التقسيم التقليدى (قانون عام وقانون خاص) فليس القانون الخاص فردياً كله ، بل فيه جانب جماعى غير قليل . وليس القانون العام جماعياً كله ففيه جانب ، ولو قليل ، من القواعد الفردية . كذلك لا يغنى التقسيم التقليدى عن هذا التقسيم الحديث ، إذ أن له من الأهمية — النظرية على الأقل — ما يسوغ عدم الاستغناء عنه .

ولقد ظهر هذا التقسيم نتيجة تحول تدريجى من فردية متطرفة أتت بها الثورة الفرنسية إلى اتجاهات جماعية كانت بمثابة رد فعل قوى على تلك الأفكار الفردية . ذلك أن الثورة الفرنسية وضعت الفردية موضع الصدارة من كل شىء ، على نقيض النظام السابق عليها والذى كان يعترف بالهيئات الجماعية إلى حد كبير . فلما جاءت الثورة الفرنسية حطمت هذه الهيئات الاجتماعية فلم تبق إلا على الدولة ، والأسرة بعد أن صورتها تصويراً فردياً ، والمشروع الاقتصادى الذى اعتبرته مجرد علاقات فردية بين كل عامل ورب العمل . أما الشركات فقد نظمت من الناحية التعاقدية على أساس فردى ، أى باعتبارها عقداً بين كل عضو وسائر الأعضاء . ولقد كان من نتيجة ذلك عدم الإحساس بوجوب التفرقة بين القانون الفردى والقانون الجماعى . فكان التقسيم التقليدى (قانون عام وقانون خاص) هو وحده التقسيم القائم وقتئذ .

ثم لم يلبث أن أخذت الأفكار الجماعية تراود العقول وتحتل مكاناً مرموقاً ، وكان من نتائج ذلك أن بدأت الهيئات الجماعية التى كانت موجودة ، تزداد قوة وسعة ، بل نشأت هيئات جماعية أخرى جديدة كشركات المساهمة والنقابات والجماعات ، وبدا للفقهاء أن العلاقات الجماعية تختلف

فى طبيعتها عن العلاقات الفردية ، وأن العلاقات التى تكون بين أعضاء الهيئات الجماعية وبين من يتولون إدارة هذه الهيئات لاتفهم على وجهها الصحيح فى ضوء فكرة العقد التى تسود العلاقات الفردية . وعندئذ فقط ظهر تقسيم القانون إلى قانون فردى وقانون جماعى .

المبحث الرابع

القانون بين الفردية والاشتراكية

١٣٧ — ثمة مذهبان متعارضان يتنازعان القانون ، وهما المذهب الفردى والمذهب الاشتراكى ، حتى ليجوز القول بتقسيم القوانين فى العالم إلى قسمين . قوانين فردية النزعة droits individualistes وقوانين اشتراكية droits socialistes . وهذا يقتضينا أن نعطى فكرة موجزة عن كل من المذهبين ، ونثبت لكل منهما ماله وما عليه ثم نبين موقف قوانيننا من هذين المذهبين .

الفرع الأول

المذهب الفردى

Doctrine individuelle

(Individualisme)

١٣٨ — المذهب الفردى مذهب فلسفى ينظر إلى الفرد مستقلا عن الجماعة ، ويعتبره كلا قائما بذاته يكفى نفسه بنفسه ، وهو يضع الفرد فوق كل شىء باعتباره اسمى كائن فى مجال التدرج ، ويعتقد أن خير مجتمع هو ذلك الذى يعطى الفرد أكبر درجة من الحرية . فالفرد عنده هو العنصر الأساسى ، أما الجماعة فمجرد تنظيم يتيح للفرد أن يمارس حقوقه . هو يرى

أن الفرد ولد حراً . وأنه إذ دخل الجماعة دخلها وهو يحمل حريته التى هى أصل حقوق الطبيعة جميعها . وبذا كانت هذه الحقوق سابقة على الجماعة ، وكان على الدولة أن تحترم هذه الحقوق وتمكن له فى استعمالها . ومن هنا كان هدف القانون الوحيد هو تقرير هذه الحقوق الفردية الطبيعية والمحافظة عليها وكان الفرد هو غاية القانون وكانت وظيفة الدولة هى حراسة هذا النظام الفردى وحمايته . ولم يكن هناك من قيد على حرية الفرد إلا ماتقتضيه المحافظة على حرية سائر الأفراد . لما أن الأفراد جميعاً متساوون .

قصارى القول فى هذا المذهب هو أن الفرد وحده هو صاحب الحقوق وأنه هو الغاية من القانون أما الجماعة المتمثلة فى الدولة فيقع عليها واجبات المحافظة على هذه الحقوق وضمان ممارسة كل فرد لنصيبه منها .

١٣٩ — ولقد تشيع لهذا المذهب كثير من المفكرين الذين رأوا فيه الدرع الذى يدرأ عن الفرد جور الدولة فى المجال الاقتصادى . وكان لهذا المذهب آثاره السياسية والمدنية والاقتصادية والاجتماعية .

فمن آثاره السياسية اعتناق الديمقراطية فى نظام الحكم حتى تتاح للفرد إلى جانب حريته فى حياته الخاصة حريته فى حياته العامة عن طريق إسهامه فى ممارسة السيادة . ومن هنا كان النظام النيابى . ومن آثاره المدنية (١) تصوير الملكية تصويراً مطلقا بحيث يكون لمالك الشىء سلطة كانت تصل إلى حد تمكينه من إتلافه إذا شاء . (٢) وجعل إرادة الأفراد فى تنظيم علاقاتهم أولى من إرادة المشرع . وصار العقد هو الطريقة الوحيدة لتنظيم كل العلاقات القانونية بين الأفراد . ومن آثاره الاقتصادية وضع المبادرة الفردية فى المكان الأول واعتبار أى تدخل من جانب الدولة فى هذا المجال أمراً غير مرغوب فيه ، لما يترتب عليه من تعطيل هذه المبادرة الفردية . ولذا كان على الدولة أن تترك الأفراد حرية العمل والتجارة والصناعة ، وأن ترخى العنان

المنافسة باعتبارها المحرك الأساسى للاقتصاد . ومن آثاره الاجتماعية زوال كثير من الهيئات التى كانت تتوسط ما بين الفرد والدولة .

١٤٠ — تقدير هذا المذهب : الذى لهذا المذهب أنه كان رد فعل على الاستبداد السياسى سواء فى اليونان القديمة حيث نادى به أبيقور أو فى أوربا الحديثة حيث نادى به لوك وروسو(١) فكان بمثابة الحاجز الذى حمى الفرد من طغيان الدولة وتحكمها . ثم لقد تقررت فى ظله مبادىء حقوق الإنسان وكان له أثر كبير فى كل البلاد وكان الدافع لها على تعديل دساتيرها .

غير أن الذى يؤخذ عليه أكثر : سواء فى مبادئه وفى نتائجه .

١٤١ — (١) فمن حيث مبادؤه أخذ عليه أنه أخطأ إذ اعتبر الفرد كلا قائماً بذاته يكفى نفسه بنفسه وأن الجماعة ليست إلا إنشاء مصطنعاً بدلا من أن تكون جزءاً من طبيعة الفرد وأنها ليست إلا مجرد مجموعة من الأفراد يوجدون بعضهم إلى جوار بعض يسعى كل منهم إلى تحقيق مصلحته دون أن توجد بينهم رابطة أساسية فى حين أن الصحيح هو أن الإنسان اجتماعى بطبعه وانه لا يمكن أن يعيش إلا فى جماعة . ثم لقد أخطأ أنصار هذا المذهب أيضاً عندما قالوا إن للفرد حقوقاً تقررت له قبل دخوله الجماعة مع أنه لا يتصور وجود الحقوق إلا حيث توجد الجماعة ، فكل حق يقابله واجب على الغير ، ولا يتصور بالتالى وجود الحق عند عدم وجود الغير الذى يقع عليه الواجب المقابل لذلك الحق .

١٤٢ — (٢) أما من حيث نتائجه العملية فكانت سيئة من نواح عدة : سياسية واقتصادية وقانونية واجتماعية : (١) فمن الناحية السياسية أدى هذا المذهب إلى ما عرف عن مساوىء النظام البرلمانى ، منها عدم استقرار السياسة الوطنية لارتباطها بالأغلبية التى كلما تغيرت انقلبت تلك السياسة ،

(١) Sarwat Anis Al-Assiuty, Genèse et évolution des doctrines philosophiques à propos de Jhering et la pensée juridique moderne en Allemagne et en Amérique, le Caire 1964, p. 170 et 172.

وتبعية الحكومة لسلطان الأحزاب تارة والرأسمالية تارة أخرى مما أدى إلى إضعاف سلطان الدولة . (ب) وكانت نتائجه من الناحية الإقتصادية المنافسة الحرة وما أدت إليه من مساوىء منها ، وقوع أزمات اقتصادية دورية كانت دائماً مرهقة ، تحكم المشروعات الإقتصادية الكبيرة فى المشروعات المتوسطة وما أفضى إليه ذلك من خضوع النظام الإقتصادى كله للرأسمالية التى كان كل همها هو تحقيق الربح ، استغلال العمال وما أدى إليه من بؤس الطبقة العاملة وسخطها على سائر الطبقات الاجتماعية بل وعلى الجماعة ذاتها وبالتالى على الوطن ومن هنا كان الخطر الداهم . (ج) ومن الناحية القانونية كان العقد والحق هما عماد هذا المذهب ، وكلا النظامين كانت له مساوئه : فالعقد ، وما صاحبه من حرية تعاقدية واسعة وإرادة ذات سلطان قوى ، أدى إلى وقوع مظالم كثيرة وخلق عقود تتضمن شروطا جائرة تعسفية مرهقة يفرضها الطرف القوى من الناحية الإقتصادية على المتعاقد الضعيف . أما الحق ، وخاصة حق الملكية ، فقد أدى تصويره الفردى إلى اعتباره حقاً مطلقاً يجوز لصاحبه أن يستعمله على النحو الذى يروق له ، فإن شاء استعمله بطريقة لا يقصد منها إلا إلى الإضرار بالغير وإن شاء أتلفه لهوى فى نفسه غير عابىء بما يترتب على ذلك من أضرار تصيب المصلحة العامة . (د) ومن الناحية الاجتماعية تجلت مساوئه فى الأسرة التى أضعفها التوسع فى إباحة الطلاق باسم الحرية الفردية ، والغض من سلطة الأب وتشجيع الحركات النسائية التى تغفل دور المرأة الحقيقى .

الفرع الثانى

المذهب الاشتراكى

Doctrine Socialiste
(Socialisme)

١٤٣ — وكان من جراء مبالغات المذهب الفردى وما أفضى إليه من نتائج سيئة أن ظهرت المذاهب الاشتراكية التى أخذت تهاجم المذهب الفردى. هذه المذاهب الاشتراكية وان اختلفت فى التفاصيل تتقارب فى فكرة واحدة هى نفى أن تكون حقوق الفرد هى أساس القانون : فليس للفرد حقوق بل عليه واجبات تجاه الجماعة . ومن هنا كان التعارض بين المذهب الفردى والمذهب الاشتراكى . فالمذهب الفردى يجعل مصلحة الفرد هى غاية القانون، أما المذهب الاشتراكى فيجعل الغاية من القانون هى مصلحة الجماعة ، باعتبارها الهيئة التى تتركز فيها مصلحة مجموع الأفراد الذين يخضعون لسلطانها. المذهب الفردى ينظر إلى الفرد مستقلا عن الجماعة التى هو عضو فيها ، على خلاف المذهب الاشتراكى الذى لا ينظر إلى الفرد إلا باعتباره جزءاً من الجماعة التى ينتمى إليها . فى المذهب الفردى يعد الفرد كل شىء باعتباره أسمى كائن فى السلم التدرجى ، أما فى النظام الاشتراكى فالدولة هى كل شىء . فى المذهب الفردى تحتل المبادرة الفردية المحل الأول فلا تتدخل الدولة فى مجال النشاط الفردى إلا بقدر ، أما النظام الاشتراكى فيحل نشاط الدولة محل المبادرة الفردية . فى المذهب الفردى يقوم الاقتصاد على الملكية الفردية وتحرى الربح إينما وجد ، أما المذهب الاشتراكى فيقوم الاقتصاد فيه على أساس استثمار الثروات لمصلحة الجماعة ، إذ يقوم المنتج بوظيفة اجتماعية لخدمة الجماعة .

ويستهدف المذهب الاشتراكى خلق بيئة اجتماعية خير من البيئة الفردية والرأسمالية ، وإيجاد جماعة أعدل يكون حظها من المساواة والإخاء أوفر من حظ الجماعة الفردية .

١٤٤ — ولقد كان لهذا المذهب نتائجه السياسية والاقتصادية والقانونية والاجتماعية : (١) فمن نتائجه السياسية تزايد تدخل الدولة فى حياة الأفراد الخاصة مما أدى إلى الحد من إساءة استعمال الأفراد لحرياتهم . بل لقد ظهرت آثاره فى العلاقات الدولية حيث يدعو المذهب الاشتراكى إلى السلام سواء بمناهضة الرأسمالية باعتبارها المحرك الأساسى للحروب ابتغاء السيطرة على مصادر البترول الكبرى ، أم عن طريق النظر إلى الناس كافة على أنهم إخوة فى الإنسانية رغم اختلاف جنسياتهم . (٢) أما آثاره الاقتصادية فتظهر فى (١) تدخل الدولة المتزايد فى الحياة الإقتصادية وذلك بتنظيم الإنتاج والمبادلات . ولقد حدثت هذه الظاهرة أيضاً فى الدول التى لم تعتنق المبادىء الاشتراكية ، وذلك لمواجهة مطالب الحرب ولتفادى تدهور قيمة النقود ولعلاج الأزمة الإقتصادية التى وقعت فى سنة ١٩٣٠ فنظمت الإنتاج وحددت الأسعار ومنعت الاستيراد (ب) حماية الادخار مما ينصب له من فخاخ تكثر فى النظم الرأسمالية . (ج) إخضاع الدخول للضريبة التصاعدية (د) تحسين حال الطبقة العاملة من طريق إلزام أرباب الأعمال باتخاذ إجراءات لضمان سلامة العمال وإنقاص ساعات العمل وإعطاء أجازات سنوية بأجر ، وتقرير تأمينات إجتماعية للعمال ورفع الحد الأدنى للأجور . (٣) ومن آثاره القانونية الحد من مبدأ سلطان الإرادة ، والإكثار من القواعد المطلقة فى القانون الخاص ، وصبغ الحقوق وخاصة حق الملكية بالطابع الإجتماعى فصار للحق وظيفة اجتماعية بعد أن كان سلطة مطلقة ، ومد عقود إيجار المساكن بقوة القانون وتحديد أسعار الإيجار فى المساكن والأراضى الزراعية وعدم تمكين المالك من استرداد العين المؤجرة إلا بقيود ، والتأميمات التى تجريها الدولة بالنسبة للشركات التى تتولى الإنتاج فى نواحى يفيد المصلحة العامة أن تتولاها الدولة بنفسها . وهذه طريقة لجأت إليها أيضاً بعض الدول التى لم تأخذ بالنظام الإشتراكى ، مما يدل على طابعها الضرورى . (٤) ومن آثاره الاجتماعية إهتمام الدولة

بالناشئة وتوجيهها الوجهة التى تعود بالفائدة على الجماعة ، وكذلك اهتمامها بمصالح الطبقة العاملة .

١٤٥ — *تقدير هذا المذهب* : ظهر المذهب الإشتراكى كرد فعل طبيعى على المذهب الفردى وما اتسم به من تطرف وأنانية . ولذا أخذ المذهب الاشتراكى على عاتقه حماية الضعفاء والمحرومين وحرص على أن يسند إلى الجماعة ، ممثلة فى الدولة ، الدور الرئيسى الذى يتحتم أن تؤديه فى تنظيم حياة الأفراد . ولقد كان لهذا المذهب تأثيره الذى عم جميع أنحاء العالم حيث انطلق يصحح أخطاء المذهب الفردى المطلق . وساعد على هذا أن الظروف التى دعت إلى قيام المذهب الفردى قد زالت بزوال الاستبداد السياسى الذى ساد أوروبا فى وقت مضى والذى دعا إلى ظهور المذهب الفردى لحماية الفرد من جور الحاكم . لذا وجب أن تعود الأمور إلى وضعها الطبيعى فيحس الفرد بالروابط الوثيقة التى تربطه بالجماعة[١] .

ولقد أظهر إهرنج فضل المذهب الإشتراكى على المذهب الفردى فى ناحيتين : الأولى هى أن «المذهب الإشتراكى يعطى الفرد مكانه فى الجماعة فالكل يتضمن الجزء ، أما فى المذهب الفردى فلا مكان فيه للجماعة إذ أن الجزء الذى يريد أن يعيش لنفسه فقط لا محالة يتجاهل وجود الكل ، وإذا كانت غاية الجزء هى إسعاد نفسه فقط كانت النتيجة الحتمية انهيار الكل ، ولا كذلك عندما يبتغى الكل إسعاد نفسه فهو لابد محقق سعادة الفرد فى نفس الوقت ، ضرورة أن الكل لا يكون سليما معافى إذا كان أحد أجزائه مريضاً »(٢).

---

(١) ثروت أنيس الأسيوطى ، نشوء المذاهب الفلسفية وتطورها ، بصدد إهرنج والفكر القانونى الحديث فى ألمانيا وأمريكا ، (باللغة الفرنسية) ، المشار إليه فيما سبق ص ١٧٠ و١٧٢ .

(٢) من « كتاب نشوء المذاهب الفلسفية وتطورها » للدكتور ثروت أنيس الأسيوطى المرجع السابق ص ١٣٨ و١٣٩ .

أما الناحية الثانية التى يظهر فيها فضل المذهب الاشتراكى على المذهب الفردى فتتجلى فى نوع القيمة التى يكون للفرد فى كل من المذهبين . « ففى المذهب الفردى يكون الفرد ذرة معزولة ، هدفه الأسمى فى الحياة هو إسعاد نفسه فى هذه الدنيا . أما المذهب الاشتراكى فيضع الفرد فى داخل الجماعة بحيث يتطور معها فى تطورها ، وبذلك تأخذ الحياة الفردية قيمتها ويستيقن الفرد أنه لا يعيش عبثاً بل يقوم بنصيبه فيما تقوم به الإنسانية من أعمال » (١).

هذا هو المذهب الاشتراكى فى صورته المعتدلة . أما ما يقال فى هذا المذهب من أنه يضحى بالفرد لمصلحة الجماعة ، وأنه ينكر كل قيمة للملكية الفردية والميراث وما يترتب عليهما من حافز على المجهود الفردى والجماعى، وأنه يهدر قيمة الدين الذى يعتبره أفيون الشعوب فانما يتوجه فقط على الصورة المتطرفة لهذا المذهب .

الفرع الثانى

موقف القانون المصرى من هذين المذهبين

١٤٦ — بدأ القانون المدنى فى أول أمره ذا طابع فردى ، متأثراً فى ذلك بتقنين نابليون الذى جاء من الناحية التشريعية بعد الثورة الفرنسية واتجاهات مذهب القانون الطبيعى فى القرنين السابع والثامن عشر ، التى صورت القانون (الخاص) على أنه قانون الفرد ، وأنه حامى الحقوق الأساسية التى يعترف بها النظام القانونى للفرد والتى تقررت له بمقتضى القانون الطبيعى .

---

(١) من كتاب « نشوء المذاهب الفلسفية وتطورها » للدكتور ثروت أنيس الأسيوطى المرجع السابق ص ١٣٨ و١٣٩ .

تبدو الفردية فى القانون المصرى ، فى مرحلته الأولى ، فى القانون المدنى القديم بوجه خاص ، حيث كان يصور الحق تصويراً فردياً ظاهراً . آية ذلك أنه كان يعرف حق الملكية بأنها حق المالك فى الانتفاع بمـا يملكه والتصرف فيـه بطريقة مطلقة (م ١١) . وآية ذلك أيضاً أنه خلا من نصوص تحرم سوء استعمال الحق . ومن مظاهر الفردية أيضاً فى ذلك الحين الأخذ بمبدأ سلطان الإرادة دون قيد إلا قيد النظام العام والآداب ، لذا لم يجد القضاء المصرى فى معظمه وعلى رأسه محكمة النقض ، أى حرج فى أن يرفض الأخذ بنظرية الظروف الطارئة التى تجيز للقاضى أن يتدخل فى تنفيذ العقد فيخفف من شروط العقد لمصلحة المدين إذا صار تنفيذ العقد مرهقاً له بسبب تغير الظروف . كذلك لم يكن فى القانون المدنى القديم ما يحمى الطرف الضعيف من جور المتعاقد القوى ، فلم يحتو على تنظيم لما يسمى عقود الاذعان ، وهى العقود التى ينفرد المتعاقد القوى بوضع شروطها ولا يكون للمتعاقد الآخر أن يناقش هذه الشروط بحيث لايكون له إلا أن يقبل أو يرفض .

١٤٧ — ثم جاءت مرحلة ثانية اتسم فيها القانون المصرى بسمات إشتراكية ظاهرة . بدأت هذه المرحلة بوضع التقنين المدنى الحالى . فلقد أراد به واضعوه أن « يجارى نزعات عصره فلا يقف من الديمقراطية عند معناها القديم، بل يماشى ما لحق بها من تطورات عميقة . . .» فلم يشاؤوا له أن « يقدس حرية الفرد إلى حد أن يضحى من أجلها مصلحة الجماعة » . كذلك لم يجعلوا « من سلطان الارادة المحور الذى تدور عليه الروابط القانونية » بل وفقوا فيه « بين حرية الفرد ومصلحة الجماعة » . ثم هم فى علاقة الفرد بالفرد لم يتركوا « القوى يصرع الضعيف بدعوى وجوب احترام الحرية الشخصية ، فليس الفرد حراً فى أن يتخذ مما هيأته له النظم الاجتماعية والاقتصادية من قوة تسكئة ليتعسف ويتحكم » (١) .

---

(١) أنظر الأعمال التحضيرية للقانون المدنى الحالى ، جـ ١ ص ٢٤ وما بعدها .

لذا اشتمل التقنين الحالى على تنظيم لعقود الإذعان حماية للمتعاقد المذعن فنص على أنه لايجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن (م١٥١/ ٢) كما نص على أنه « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضى أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفى الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضى به العدالة » (م١٤٩) بل لقد اعتبرت قواعد حماية المتعاقد المذعن قواعد مطلقة (آمرة) فنص على أن كل اتفاق يقصد به منع المتعاقد المذعن من الالتجاء إلى القاضى لتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها يقع باطلا (م ١٤٩) . كما اشتمل على نصوص يقصد بها حماية المتعاقد من استغلال المتعاقد معه طيشاً بيناً فيه أو هوى جامحاً استبد به ، فأجاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد الذى كان ضحية الاستغلال ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد (م ١٢٩) كذلك لم يرخ واضعو التقنين الحالى العنان لمبدأ سلطان الإرادة فما أن نص فى المادة ١٤٧/ ١ «على أن العقد شريعة المتعاقدين فلايجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون » حتى أعقب ذلك إستثناء خطيراً على هذا المبدأ فى الفقرة الثانية من نفس المادة ، التى تنص على أنه « ... إذا طرأت حوادث إستثنائية عامة لم يكن فى الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول » ثم لقد أريد أن تكون حماية المتعاقد المرهق بسبب تغير الظروف حماية فعالة فلم يجز الاتفاق على نزول المدين عن حقه فى تلك الحماية فنص على بطلان أى اتفاق يمنع المدين من التمسك أمام القاضى بتلك الحماية عند تغير الظروف (م ١٤٧/ ٢) وبذلك كانت القاعدة الواردة فى المادة ١٤٧/ ٢ قاعدة مطلقة (آمرة) وليست مجرد قاعدة مكملة .

ثم لقد حرص التقنين الحالى على أن يصور الحق تصويراً إجتماعياً فأخذ بمبدأ عدم جواز إساءة استعمال الحق (م ٤ و ٥) وردد ذلك التصوير عند تعريف حق الملكية فلم يعرفه على النحو المطلق الذى كان له فى التقنين الملغى بل قال « لمالك الشىء وحده ، فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه » (م ٨٠٢) . ثم أورد بعد ذلك من التطبيقات ما يؤكد ذلك المعنى ويقويه فأوجب على المالك ألا يغلو فى استعمال حقه إلى حد يضر بملك الجار (م ٨٠٧) .

١٤٨ — ثم كانت المرحلة الثالثة عندما جاءت الثورة وأخذت تهاجم النظام الفردى فى أهم معاقله وهى الملكية الزراعية ، فصدر قانون الإصلاح الزراعى فى ٩ سبتمبر سنة ١٩٥٢ الذى وضع للملكية الزراعية حداً أقصى بمائتى فدان (ثم خفض هذا الحد فى سنة ١٩٦١ إلى مائة فدان) .

ثم صدر بعد ذلك دستور ١٩٥٦ وجعل أساس المجتمع المصرى هو النظام الاشتراكى (م ٤) وحرص على بيان أن حق الملكية يؤدى وظيفة إجتماعية . وردد نفس المبادىء دستور الجمهورية العربية المتحدة المؤقت (٥ مارس ١٩٥٨) . وصدرت بعد ذلك قوانين يوليو ١٩٦١ فكانت الجسر الذى عبرته عملية التحول نحو الاشتراكية . ثم جاء الميثاق الوطنى (٢١ مايو ١٩٦٢) فبين كيف كان النظام الاشتراكى حلا حتمياً فرضه الواقع وآمال الجماهير والطابع الجديد الذى اتخذه العالم فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر ، كما بين التلازم من الحرية السياسية (الديمقراطية) والحرية الاجتماعية (الاشتراكية) .

ثم صدر دستور مارس ١٩٦٤ ، فنص على أن الجمهورية العربية المتحدة دولة ديمقراطية إشتراكية (م ١) وأن الأساس الاقتصادى للدولة هو النظام الاشتراكى (م ٩) .

١٤٩ — سمات الاشتراكية العربية : الاشتراكية العربية ، كما هو ظاهر من الميثاق والدستور ، لم تؤمم كل وسائل الانتاج ولم تلغ الملكية الخاصة ولم تمس حق الإرث الشرعى المترتب عليها (١) ، بل لقد نص الدستور على أن الملكية الخاصة مصونة (م ١٦) . ولكنها فرقت فى الملكية الخاصة بين ملكية مستغلة وملكية غير مستغلة فحرمت الأولى واعترفت بالثانية (٢) ثم هى لم تلغ المبادرة الفردية ولكنها بينت ما يجب أن تقوم عليه المبادرة الفردية ، إذ الواجب « أن تكون قائمة على العمل وعلى المخاطرة لا على الانتهاز وحماية الاحتكار التى ينتفى فيه كل احتمال المخاطرة » (٣) . ثم هى تحرص على تقوية الأسرة ودعمها (٤) وتجعلها أساس المجتمع (٥) كما تحترم الأديان والأخلاق الوطنية . إلى غير ذلك من السمات التى جعلت من الاشتراكية العربية إشتراكية معتدلة ، مع اهتمامها بمصلحة الجماعة لم تغفل المصلحة الفردية وما ينبغى لها .

---

(١) الباب السادس من الميثاق .

(٢) الباب السادس من الميثاق والمادة ١٣ « ج » من الدستور .

(٣) الباب السابع من الميثاق .

(٤) م ١٩ من الدستور .

(٥) م ٧ من الدستور .

الفصـل الرابع

مصادر القانون

١٥٠ ــ المصدر بالمعنى العام هو الحقيقة التى تنبثق منها حقيقة أخرى . وعلى هذا يكون المقصود بعبارة مصادر القانون الحقائق التى تنبع منها القواعد القانونية .

غير أن عبارة مصادر القانون تتخذ معانى أخرى خاصة: فهناك مايسمى المصدر الموضوعى أو المادى للقانون . وهناك المصدر التاريخى ، وهناك المصدر الرسمى .

١٥١ ــ *المصدر المادى أو الموضوعى* : ينبع القــانون من طبيعة الإنسان ، من مطالبه المادية والمعنوية وظروفه الاقتصادية والجغرافية . ولا يمكن أن يوجد قانون لا يستمد نشأته من الطبيعة الإنسانية ، ولهذا كان القانون ثمرة شعور الناس واتجاهاتهم المذهبية ومطالبهم المثالية وحاجاتهم العملية. تلك هى المادة الأولية التى يصنع منها القانون ولذا أمكن أن نعرف المصدر المادى للقانون بأنه مجموع الظروف الاجتماعية التى استمد القانون منها نشأته .

١٥٢ ــ *المصدر التاريخى للقانون* : إن ظروف حياة الناس ومقتضيات معيشتهم فى وقت معين لم تنشأ طفرة واحدة بل كانت نتيجة تطور بطىء ومستمر يسمى التاريخ . ان حياتنا اليوم ميراث آل إلينا ممن سبقونا ، فلقد ورثنا عنهم أشكالا وأفكاراً وحاجات ، وسننقل إلى من يلينا إشكالا وأفكاراً وحاجات . كذلك القانون الذى هو محور حياتنا: فقانون اليوم ليس نتيجة عملنا وحده بل هو أيضاً ثمرة عمل الأجيال السابقة .

وإن مجموع القواعد التى تحكم البشرية اليوم أتت فى معظمها من الماضى الذى كان ينقطع تارة ويتصل تارة أخرى . ولذا يمكن أن نعرف المصدر التاريخى للقانون بأنه مجموع الظروف التاريخية التى تكون القانون خلالها . وقريب من هذا المعنى أن يقال إن القانون الرومانى مصدر تاريخى للقانون الفرنسى وأن القانون الفرنسى والشريعة الاسلامية مصدران تاريخيان للقانون المصرى .

١٥٣ — *المصدر الرسمى للقانون* : إن القانون الذى إنبثق من طبيعة الإنسان وتكون خلال التاريخ مآ له أن تتلقفه يد الانسان فتفرض على الناس احترامه . وإن من يقوم بهذا العمل هو « المصدر الرسمى » للقانون . وهو نشاط مجموع الأشخاص الذين تتكون منهم الهيئة التى خولها الدستور سلطة إصدار القواعد القانونية . والمصدر بهذا المعنى إنما يتكون من نشاط الدولة أو أعضائها الذين لهم سلطة وضع القواعد القانونية . ولذا كانت فكرة المصدر الرسمى للقانون مرتبطة أشد الارتباط بفكرة الدولة أو أعضاء الدولة وكانت مسألة المصادر الرسمية للقانون هى بعبارة أخرى مسألة الهيئة المنوط بها عمل القانون .

هذا هو المصدر بمعناها المنشىء ، الخلاق ، الموجد للقاعدة القانونية أما ما اعتاد الشراح قوله وهو أن التشريع يعتبر مصدراً رسمياً للقانون فهو من قبيل إنزال المسبب منزلة السبب ، أو إنزال ما ينشأ عن المصدر منزلة المصدر نفسه . إن الدولة أو بعض هيئاتها هى التى تنشىء القانون ، التشريع ، وبذلك يكون التشريع ناشئاً من مصدر معين هو نشاط الدولة .

وعلى ذلك نرى أن الأسلم هو عدم إعتبار التشريع مصدراً منشئاً للقانون بل مصدر يرجع إليه للتعرف على القاعدة القانونية . ويصدق هذا أيضاً على العرف وعلى ما اعتاد الشراح إعتباره مصدراً رسمياً للقانون .

وعلى ذلك يجب لضبط القول فى مسألة مصادر القانون أن نفرق بين المصدر المنشىء للقواعد القانونية والمصدر أو الوسيلة التى يمكن من خلالها التعرف على القاعدة القانونية. والمصدر المنشىء للقانون لايكون إلا الدولة أو بعض هيئاتها التى تملك بنص الدستور أن تضع القواعد القانونية . أما التشريع والعرف ... الخ فمصادر غير منشئة بل مصادر أو وسائل للتعرف على القاعدة القانونية.وسيقتصر كلامنا على مصادر التعرف على القانون .

١٥٤ — *مصادر التعرف على القانون* : ذكرت المادة الأولى فى الفقرة الثانية فى التقنين المدنى الحالى أنه « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الاسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة» . تلك هى مصادر التعرف على القاعدة القانونية الواجبة التطبيق يلجأ إليها القاضى بالترتيب الوارد فى تلك المادة .

المبحث الأول

التشريع

١٥٥ — *تعريف* : التشريع باعتباره مصدراً للتعرف على القاعدة القانونية الواجبة التطبيق هو مجموعة القواعد العامة التى تصدر فى صورة مكتوبة من السلطات التى تملك إصدارها .

والتشريع بهذا المعنى نوعان :

١ — تشريع بالمعنى الشكلى وهو الذى يصدر من السلطة التشريعية وفقاً للأشكال المنصوص عليها فى الدستور .

٢ — تشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى وهو الذى تصدره السلطة التنفيذية بناء على نص الدستور أو تفويض من السلطة التشريعية .

وكلا النوعين من التشريع يتكون من قواعد عامة وملزمة ولكنهما يختلفان سواء من حيث الهيئة التى يصدر عنها كل منهما أو من حيث صورة الإقرار، فالتشريع بالمعنى الشكلى يقره مجلس الأمة أما التشريع بالمعنى المادى فلا توجد فيه هذه الصورة من الإقرار . وبعبارة أخرى يتكون التشريع فى معناه الشكلى من عنصرين (١) العنصر الشكلى وهو إقرار مجلس الأمة (٢) والعنصر الموضوعى أو المادى وهو يتكون من المضمون القانونى . أما التشريع فى معناه الموضوعى فينقصه إقرار مجلس الأمة أى العنصر الشكلى ولكنه ينطوى على العنصر الموضوعى . فهو من حيث الشكل عمل إدارى عام ولكن من حيث الموضوع والفاعلية ينزل منزلة التشريع بالمعنى الشكلى(١) .

الفرع الأول

التشريع (بالمعنى الشكلى)

١٥٦ — التشريع بالمعنى الشكلى هو كما قلنا عمل من أعمال الدولة تصدره السلطة التشريعية وفقاً للأشكال المنصوص عليها فى الدستور . ومجلس الأمة

---

(١) ويلاحظ أنه تستعمل أيضاً عبارة تشريع شكلى إذا كان التشريع فى معناه الشكلى غير ذى مضمون قانونى أى ليس تشريعاً موضوعياً . فأحياناً ما ينقص التشريع فى معناه الشكلى المضمون القانونى أو المادى .من حيث إنه لا يشتمل على قواعد عامة ومجردة بل يشتمل فقط على أوامر فردية ، كمنح معاش خاص لشخص معين أو منح الجنسية لشخص معين : فى هذه الحالة يكون الأمر شكل القانون ولكنه يكون فى جوهره عملا إدارياً خاصاً . ويعتبر من هذا القبيل تشريع اعتماد الميزانية ، وتشريع التعبئة العسكرية ، وتشريع إقرار الأعمال التى تقتضى مصاريف غير عادية . فى كل هذه الحالات توجد أعمال إدارية لا تعتبر تشريعات رغم أنها تتخذ شكل التشريع ولهذا لا يطعن بالنقض فيما يخالفها ولا يترتب عليها إهدار الحقوق المكتسبة من قبل الغير، وتفقد فاعليتها دون حاجة إلى نسخ لمجرد انقضاء القوانين التى أنشأتها (راجع ص ٣٣ وما بعدها) .

هو الهيئة التى تمارس السلطة التشريعية (م ٤٧ من الدستور) . والتشريع بهذا المعنى نوعان : تشريع دستورى وتشريع عادى .

أما التشريع الدستورى فيقصد به تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور . وهو يتميز عن التشريع العادى من حيث طريقة التعديل إذ تنص المادة ١٦٥ على أن « لكل من رئيس الجمهورية ومجلس الأمة طلب تعديل مادة أو أكثر من مواد الدستور . ويجب أن يذكر فى طلب التعديل المواد المطلوب تعديلها والأسباب الداعية إلى هذا التعديل . فاذا كان الطلب صادراً من مجلس الأمة وجب أن يكون موقعاً من ثلث أعضاء المجلس على الأقل . وفى جميع الأحوال يناقش المجلس مبدأ التعديل ويصدر قراره فى شأنه بأغلبية أعضائه . فإذا رفض الطلب لايجوز إعادة طلب تعديل المواد ذاتها قبل مضى سنة على هذا الرفض . وإذا وافق مجلس الأمة على مبدأ التعديل يناقش بعد شهرين من تاريخ هذه الموافقة ، المواد المراد تعديلها فاذا وافق على التعديل ثلثا أعضاء المجلس اعتبر نافذاً من تاريخ الموافقة » . وهذه الأشكال الخاصة راجعة إلى ما للدستور من طابع جامد .

أما التشريع العادى فهو التشريع الذى ينظم مواد ليس لها طابع دستورى ويحصل إقرارها وتعديلها وإلغاؤها بالطرق العادية .

١٥٧ — ويمر التشريع بمراحل أربعة : الاقتراح ، والإقرار ، والإصدار ، والنشر .

(١) الاقتراح : أى اقتراح التشريع على السلطة التشريعية ، وهو المرحلة الأولى التى يمر بها التشريع . والاقتراح يكون من رئيس الجمهورية (م ١١٦) وقد يكون من عضو أو أكثر من أعضاء مجلس الأمة (م ٦٧) .

ويحال كل مشروع قانون إلى إحدى لجان مجلس الأمة لفحصه وتقدم تقرير عنه (م ٦٦) فإن كان مشروع القانون قد اقترحه أحد أعضاء مجلس

الأمة فإنه يحال إلى لجنة لفحصه وإبداء الرأى فى جواز نظر المجلس فيه . فإذا رأى المجلس نظره فإنه يحال إلى إحدى لجان المجلس لفحصه وتقديم تقرير عنه .

١٥٨ — (٢) الإقرار : والمرحلة الثانية التي يمر بها التشريع هى الإقرار ، فلا يصدر قانون إلا إذا أقره مجلس الأمة (م ٦٨) ولذلك يأخذ مجلس الأمة فى نظر مشروع القانون ومناقشته . وتسفر المناقشة عن إحدى نتيجتين . إما عن إقرار المشروع كما هو أو بعد تعديله ، وإما عن رفضه . فان رفض المشروع ، وكان مقترحاً من أحد الأعضاء ، فلا يجوز تقديمه ثانية فى دور الانعقاد ذاته (م ٦٩) . أما إن أقره فلا يكون إقراره إلا بعد أخذ الرأى فيه مادة مادة (م ٦٨/٢) .

١٥٩ — (٣) الإصدار : وهذه هى المرحلة الثالثة . ذلك أنه عندما يقر المجلس مشروع القانون يبلغه إلى رئيس الجمهورية ليصدره . ولرئيس الجمهورية أن يعترض على مشروع القانون (م ١١٦) . فإن اعترض رد المشروع إلى مجلس الأمة لإعادة النظر فيه . ويجب أن يحصل الرد فى مدى ثلاثين يوماً من تاريخ إبلاغ المجلس إياه بمشروع القانون . فاذا رد المشروع فى الميعاد المتقدم وأقره المجلس ثانية بموافقة ثلثى أعضائه اعتبر قانوناً وأصدر (م ١١٨) . كذلك إذا لم يرد مشروع القانون فى الميعاد المتقدم اعتبر قانوناً وأصدر .

والإصدار عمل يقوم به رئيس الجمهورية باعتباره سلطة تنفيذية وليس باعتباره سلطة تشريعية ، إذ أنه لم يعد يسهم فى عمل التشريع بعد زوال حق التصديق . وبالإصدار يقرر رئيس الجمهورية أن التشريع صار كاملا ، ويأمر السلطات المختصة بنشره والعمل على احترامه باعتباره تشريعاً من تشريعات الدولة ، وبذلك يترتب على الإصدار نتيجتان . الأولى هى التقرير رسمياً بوجود القانون ، الثانية هى إعطاء الأمر بنشره وتنفيذه .

١٦٠ - (٤) النشر : بعد إصدار التشريع يجب نشره حتى يكون في وسع المخاطبين به أن يعلموه والمقصود بالنشر هو إمكان العلم وليس العلم الفعلي ولهذا لا يعرف النشر بأنه العمل الذي يجعل القانون معلوماً عند المخاطبين به بل هو العمل الذي يترتب عليه تمكين المواطنين من العلم بالقانون متى أرادوا ذلك . ولكن حتى على هذا التعريف لا يزال النشر قاصراً عن أداء المقصود منه ، على فرض أن المقصود منه هو تمكين الناس من العلم بالقانون ، لا سيما إذا عرفنا أن النشر إنما يتم عن طريق إعلان القانون في الجريدة الرسمية ، وهذه ليست في متناول الناس كافة وليس من السهل الرجوع إليها .

وينص الدستور على أن القوانين تنشر في الجريدة الرسمية . ويرى الفقه أن هذه هي الطريقة الوحيدة للعلم بالتشريع وأنه لا يمكن أن تغني عنها طريقة أخرى ، فلا يقوم مقامها النشر في الصحف العادية ، أو الإذاعة أو أية وسيلة أخرى ، وأن الشخص لا يؤاخذ بالقانون لمجرد علمه به فعلا قبل نشره في الجريدة الرسمية .

وفي هذا احتياط روعي فيه جانب المخاطبين بالقانون . لذا كان من حقهم، إن أريد مؤاخذتهم بمقتضى قانون لم ينشر في الجريدة الرسمية أن يدفعوا بعدم نشر القانون . ولا يرد على دفعهم هذا أنهم كانوا يعلمون فعلا بالقانون من طريق آخر سابق على ذلك النشر . وبذلك كان النشر مرحلة متممة للقانون بالنسبة للمواطنين بمعنى أن القانون وإن كان يعتبر كاملا وقابلا للتنفيذ بعد إصداره إلا أنه لا يكون ملزماً لهم إلا بنشره[1] فالقابلية

---

(١) فإذا كان تاريخ طبع الجريدة الرسمية التي نشر فيها القانون مختلفاً عن التاريخ التي خرجت فيه الجريدة من المطبعة لتوزيعها كانت العبرة بتاريخ التوزيع لا بتاريخ الطبع (نقض مدني ، جلسة ٢٤ يونيو ١٩٥٨ ، مجموعة الأحكام الصادرة من الجمعية العمومية والدائرة المدنية السنة التاسعة العدد الثاني رقم ٨١ ص ٦٣٩ ؛ أشار إليه دكتور شمس الدين الوكيل ، النظرية العامة للقانون ط ١ ، ١٩٦٤ ص ٣٢٣) .

للتنفيذ إنما تتعلق بأعضاء الدولة المكلفين بتنفيذ القانون . أما النشر فيعد ركناً فى إلزامية القانون للمواطنين .

١٦١ — وتبدأ إلزامية القانون من تاريخ نشره فى الجريدة الرسمية إلا إذا نص على مدة تنقضى بين نشر القانون وبين العمل به *vacatio legis* وتختلف الدول فيما بينها من حيث تحديد هذه المدة . فمن الدول ما تحدد مدة واحدة لا تطول ولا تقصر بحسب بعد المناطق أو قربها من مكان صدور التشريع وهناك ما يدرّج هذه المدة على أساس تلك المسافة .

على أنه يلاحظ أن المدة التى تمضى بين نشر القانون والعمل به تكون طويلة فى حالة التشريعات الهامة فقد تصل إلى عدة أشهر بل إلى سنة أو أكثر فى حالة التقنينات وذلك لاحتياجها إلى مدة طويلة لإمكان تطبيقها . ومثال ذلك ما حدث فى حالة القانون المدنى الحالى الذى أصدر فى سنة ١٩٤٨ ونص على أن يعمل به ابتداء من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩ .

الفرع الثانى

التشريع بالمعنى الموضوعى أو المادى

١٦٢ — وهو تشريع تعمله السلطة التنفيذية بدلا من السلطة التشريعية ولهذا سمى « التشريع بالمعنى المادى » لأنه فى حقيقته يضع قواعد قانونية ولكنه ليس تشريعاً بالمعنى الشكلى لأنه لم يتخذ شكل التشريع .

وينقسم هذا النوع من التشريع إلى تشريع بالمعنى المادى يكون ذا قيمة مادية ، وتشريع بالمعنى المادى يكون ذا قيمة شكلية .

المطلب الأول

تشريع بالمعنى الموضوعي
ذو قيمة موضوعية

١٦٣ — ويقصد بهذا النوع من التشريع أعمال السلطة التنفيذية التى تشتمل على قواعد قانونية تكون فاعليتها دون فاعلية القواعد التى يتضمنها التشريع فى معناه الشكلى . فاللائحة القائمة بذاتها ، لا يستطيع أن تضع قواعد قانونية تتعارض مع قواعد التشريع بمعناه الشكلى . فان فعلت لم يكن لها قيمة قانونية فيما تعارضت فيه مع قواعد التشريع الشكلى .

والتشريع بهذا المعنى يتخذ صوراً عدة . فهناك اللوائح التنفيذية ، والقرارات التنظيمية ولوائح الضبط . ويلاحظ أن سلطة إصدار هذه القرارات واللوائح يخولها الدستور مباشرة للسلطة التنفيذية ولذا كان اختصاصها التشريعى فى هذا الخصوص اختصاصاً أصيلا .

١٦٤ — (١) اللوائح التنفيذية : عندما تضع السلطة التشريعية تشريعاً بالمعنى الشكلى لا تقوم هى بوضع القواعد التفصيلية التى تبين طريقة تنفيذ هذا التشريع بل تترك ذلك للسلطة التنفيذية ، أى أن السلطة التنفيذية يكون لها وهى بسبيل تنفيذ القوانين التى أصدرتها السلطة التشريعية ، أن تضع القواعد التفصيلية التى يتم بها تنفيذ تلك القوانين . وتتقيد السلطة التنفيذية فى وضعها هذه القواعد بالتشريع الذى وضعته السلطة التشريعية ، فلا يجوز لها أن تخرج على مقتضى هذا التشريع ولذا لم يكن فى اختصاص السلطة التنفيذية بوضع القواعد التنفيذية ما يخشى منه على ذلك التشريع . ولقد نصت المادة ١٢٢ من الدستور على أن رئيس الجمهورية يصدر اللوائح اللازمة لتنفيذ القوانين وله أن يفوض غيره فى إصدارها ، ويجوز أن يعين القانون من يصدر القرارات اللازمة لتنفيذه .

١٦٥ — (٢) القرارات التنظيمية : تنص المادة ١٢١ من الدستور على أن رئيس الجمهورية يصدر القرارات اللازمة لترتيب المصالح العامة . وقد كان إصدار هذه القرارات من اختصاص السلطة التنفيذية لأنها هى التى تتولى إدارة هذه المصالح وهى المسئولة عن هذه الإدارة فكانت لذلك أكثر إلماماً من غيرها بمقتضيات هذه المصالح وبالنظم التى تناسبها[1] .

وتسمى هذه القرارات التنظيمية باللوائح القائمة بذاتها لأنها لا تتوقف على تشريع سابق بل تبتغى تكميل النظام القانونى عن طريق وضع قواعد قانونية قائمة بذاتها فى حدود الاختصاص المخول للسلطة التنفيذية .

١٦٦ — لوائح الضبط : وهى عبارة عن مجموع القواعد القانونية التى تضعها السلطة التنفيذية للمحافظة على الأمن واصيانة الصحة العامة ، وهذه القواعد لا تتوقف كذلك على تشريع سابق تنظم تنفيذه . ومثالها لوائح تنظيم المرور ، ومراقبة الأغذية ، والباعة المتجولين ، والمحال المقلقة للراحة أو المضرة بالصحة وأماكن اللهو الخ . . . ولقد نص الدستور على هذا الاختصاص التشريعى للسلطة التنفيذية ، إذ جاء فى المادة ١٢٢ « يصدر رئيس الجمهورية لوائح الضبط . . . » .

المطلب الثانى

تشريع بالمعنى المادى له قيمة التشريع الشكلى

١٦٧ — ويقصد بهذه العبارة نوع آخر هام من أعمال السلطة التنفيذية يشتمل كالنوع السابق على قواعد قانونية . ولكنها تختلف عن قواعد النوع السابق من حيث مدى فاعليتها إذ أنها يمكن أن تخالف تشريعاً بالمعنى الشكلى بل تستطيع أن تلغى مثل هذا التشريع .

---

(١) سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية ، ١٩٥٢ ص ١٠٧ .

ثم إن هـــذا الاختصاص التشريعي ليس كسابقه اختصاصاً أصليا وذلك لأنه إما خاضع لرقابة لاحقة من جانب مجلس الأمة وإما حاصل بناء على تفويض من مجلس الأمة نفسه . ويتفرع على هذا أن تكون لأعمال السلطة التنفيذية التي من هذا النوع نفس القيمة الموضوعية التي للتشريع في معناه الشكلي ولذا فإنه يستطيع أن يلغي التشريع الشكلي أو أن يخالفه .

ولهذه القرارات صورتان : قرارات تصدرها السلطة التنفيذية في حالة الاستعجال ، وقرارات تصدرها السلطة التنفيذية بناء على تفويض من السلطة التشريعية .

١٦٨ — (١) قرارات الاستعجال : وهي قرارات لها قوة القوانين تصدرها السلطة التنفيذية في حالة الاستعجال دون حاجة إلى تفويض من السلطة التشريعية ، بناء على أن سلامة الشعب هي أسمى قانون *salus popubi suprema lex* . ولقد أعطى الدستور هذا الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية ولكنه أخضع التشريع التي تصدره السلطة التنفيذية بناء على هذا الاختصاص لرقابة مجلس الإمة ، إذ جاء في المادة ١١٩ من الدستور أنه « إذا حدث فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو فترة حله ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير جاز لرئيس الجمهورية أن يصدر في شأنها قرارات تكون لها قوة القانون . ويجب عرض هذه القرارات على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها ، إذا كان المجلس قائماً ، وفي أول اجتماع له في حالة الحل فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك ، أما إذا عرضت ولم يقرها المجلس زال ما كان لها من قوة القانون من تاريخ الاعتراض » .

ويخلص من هذه المادة أن القرارات التي تصدرها السلطة التنفيذية

فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو فى فترة حله عند حدوث ما يقتضى اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير ليست قرارات نهائية بل يجب عرضها على مجلس الأمة فى المواعيد المبينة فى تلك المادة . فان لم تعرض زال بأثر رجعى ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرارات بذلك أما إن عرضت فلا يخلو الأمر : فاما أن يوافق عليها المجلس وإما لا ، فإن لم يوافق عليها زال ما كان لها من قوة القانون وذلك من تاريخ الاعتراض أى بدون أثر رجعى .

على أنه يجوز لمجلس الأمة عند إلغاء هذه القرارات أن يصدر تشريعاً ينظم به مصير العلاقات التى نشأت فى خلال فترة العمل بهذه القرارات .

١٦٩ — (٢) التشريع التفويضى : وهو التشريع التى تصدره السلطة التنفيذية بناء على تفويض من مجلس الأمة . ذلك أن مجلس الأمة يجوز له فى أحوال استثنائية ، مثلا عندما يكون موضوع التشريع مما لا يتاح للمجلس أن يبحثه بسبب تعقده أو بسبب طابعه الفنى كالتقنينات مثلا ، فى هذه الحالات يفوض المجلس اختصاصه فيها إلى السلطة التنفيذية. ولقد جاء فى المادة ١٢٠ من الدستور أنه « لرئيس الجمهورية فى الأحوال الاستثنائية ، بناء على تفويض من مجلس الأمة ، أن يصدر قرارات لها قوة القانون ، ويجب أن يكون التفويض لمدة محدودة وأن يعين موضوع القرارات والأسس التى تقوم عليها » .

الفرع الثالث

تدرج التشريع

١٧٠ — يتبين مما سبق أن التشريع درجات : ففى القمة يوجد التشريع الأساسى وهو التشريع الدستورى ، ثم يليه التشريع العادى سواء أ كان تشريعاً بالمعنى الشكلى أو تشريعاً بالمعنى الموضوعى ذى القيمة الشكلية ، أى سواء أ كان تشريعاً صادراً من السلطة التشريعية أم قرارات لها قوة القانون صادرة من السلطة التنفيذية . ثم يأتى بعد ذلك التشريع الفرعى وهو ما تصدره السلطة التنفيذية ، إما للعمل على تنفيذ تشريع (اللوائح التنفيذية) ، وإما تنظيما للمصالح العامة (القرارات التنظيمية)، وإما حفظاً للأمن والصحة العامة (لوائح الضبط) وهذا ما سميناه التشريع بالمعنى الموضوعى ذى القيمة الموضوعية .

١٧١ — ولهذا الترتيب التدرجى أهمية ، ليست نظرية فحسب ، بل عملية أيضاً ، ذلك أن التشريع الأدنى لا يجوز أن يخالف تشريعاً أعلى منه فلا يجوز أن يكون التشريع العادى مخالفاً للدستور ، وإلا عد القانون غير دستورى ، ولا يجوز أن يكون التشريع الفرعى مخالفاً للتشريع العادى الأصلى فلا يجوز أن تخالف اللائحة قانوناً وإلا عدت غير قانونية . كذلك ومن باب أولى لا يجوز أن يخالف التشريع الفرعى قواعد الدستور وإلا كانت اللائحة غير دستورية . ومن هنا كانت مسألة عدم دستورية القوانين ، ومسألة عدم دستورية اللوائح وقانونيتها . وعدم الدستورية هنا ذو طابع موضوعى ، فيكون التشريع غير دستورى من الناحية الموضوعية إذا كان مخالفاً لقواعد الدستور الموضوعية . وهناك عدم دستورية ذو طابع شكلى ، فيكون التشريع غير دستورى من الناحية الشكلية إذا لم تتوافر فيه الإجراءات التى نص عليها الدستور ، كأن تتخلف مرحلة من المراحل التى يجب أن يمر بها التشريع كمرحلة النشر مثلا .

١٧٢ — وتثير مسألة عدم الدستورية بنوعيها الموضوعى والشكلى، مسألة أخرى هامة وهى إلى حد يكون للقاضى أن يمتنع عن تطبيق تشريع بسبب عدم دستوريته وهذه هى المسألة المعروفة باسم رقابة القضاء لدستورية القوانين واللوائح وهى مسألة أثارت جدلا كبيراً على ما سنراه عند الكلام فى تطبيق القانون.

الفرع الرابع

إلزامية القانون

وقاعدة «لا يقبل من أحد أن يدعى بجهله القانون»

١٧٣ — القواعد القانونية ، سواء ما كان منها صادراً من السلطة التشريعية أو من السلطة التنفيذية ، تصير ملزمة فور نشرها أو بعد ذلك بمدة ينص عليها. وتسع إلزاميتها إقليم الدولة كله لا فرق فى ذلك بين المواطنين والأجانب الذين يوجدون فى الدولة ، ولو لم يعلم أى من هؤلاء بصدور القانون أو كان عدم العلم به راجعاً إلى مانع قهرى. بل إن القوانين التى تصدر وتنشر تلزم المواطنين المقيمين فى الخارج ، فى العلاقات التى يحكمها القانون الشخصى ، ولو لم يكن فى وسعهم بسبب بعدهم عن الوطن أن يعلموا بالقوانين الوطنية.

١٧٤ — أساس هذه الإلزامية: يقيم الفقه عادة هذه الإلزامية على أساس نظرية قديمة وردت فى بعض التقنينات كالتقنين المدنى الفرنسى (م ١) تقول إنه من وقت نشر القانون يفترض علم الناس جميعاً به ، وأن هذه قرينة مطلقة على العلم *praesumptio iuris et de iure* بحيث لا يقبل من أحد أن يتخلص من تطبيق القانون عليه بحجة أنه لم يكن يعلم بوجود القانون ، فلا يفترض من أحد الجهل *nemo censetur ignorare legem*

بالقانون وأن الغلط فى القانون أو الجهل به لا يعد عذراً *error iuris nocet* *ignoratia iuris non excusat* . بل لقد ذهب بعض الشراح إلى أبعد من ذلك فقالوا إن الغلط فى القانون لا يجوز أن يعول عليه البتة من الناحية القانونية ، بناء على أن هذا النوع من الغلط لا يتسامح فيه أبداً وأن الجهل بالقانون أمر غير مشروع وأن من يجهل القانون يكون مخطئاً ، فلا يجوز وفقاً لهذا الرأى أن يطلب شخص ابطال تصرف أبرمه بناء على غلط فى القانون كان الدافع له على التعاقد .

١٧٥ — غير أن هذا الرأى يصطدم مع نص القانون (م١٢٢) الذى لا يفرق بين غلط فى القانون وغلط فى الواقع فكلاهما يترتب عليه بشروط معينة إمكان إبطال العقد الذى أبرم بناء على غلط فى القانون أو غلط فى الواقع : فمن يبيع حصته فى التركة بناء على اعتقاده أن حصته هى الثمن $\frac{1}{8}$ وكان اعتقاده هذا هو الدافع له على البيع بحيث لو كان يعلم أن حصته أكبر من ذلك لما أقدم على البيع يجوز له أن يطلب إبطال العقد عندما يتبين أن حصته هى النصف (غلط فى القانون) ومن يشترى لوحة بناء على اعتقاده أنها من صنع فنان معين وكان اعتقاده هذا هو الدافع له على التعاقد (غلط فى الواقع) يجوز له أن يتمسك بالإبطال عندما يتبين أنها ليست من صنع ذلك الفنان .

١٧٦ — وكذلك انتقدت فكرة إقامة إلزامية القانون على أساس افتراض العلم به بمجرد نشره ، إذ أن مبدأ القرينة القاطعة على العلم بالقانون لمجرد نشره ، وقد كان له مايسوغه فى الماضى وقت أن كان القانون ينحصر فى عدد قليل من التكاليف ، أصبح أمراً شاذاً فى النظام الحاضر حيث يتكون القانون من مجموعة ضخمة ومعقدة من التشريعات الدائمة التطور يعجز رجال القانون أنفسهم عن الاحاطة بهـــا مهما كانت قدرتهم على متابعة التشريعات . وعلى ذلك يكون اعتبار الشخص عالماً بالقانون هو مجرد مجاز لا يلزم للقول بإلزامية القوانين فى مواجهة الناس كافة . ذلك أنه عندما

ينص على أن القوانين التى صدرت تصير ملزمة بمجرد نشرها إنما يقصد من ذلك فقط هو القول بالزامية هذه القوانين ، لا افتراض العلم بها .

وعلى ذلك تكون إلزامية القوانين بمجرد نشرها غير راجعة إلى افتراض العلم عند المخاطبين بالقانون بل ترجع إلى ضرورة اجتماعية تقتضى أن تطبق القوانين على الناس كافة ، حتى على من لم يعلموا بها . صحيح أن فى هذا تضحية بمصالح بعض الأفراد . إلا أنها تضحية يقتضيها الاستقرار والطمأنينة اللذين لا يتحققان إلا بقطع دابر كل نزاع يتعلق بالعلم أو بعدم العلم بالقانون . ثم إن هذه التضحية لن تقل وطأتها عند ماتلبسها ذلك الثوب المزركش الزائف وهو افتراض العلم .

الحقيقة التى لامجاز فيها هى أن القوانين تكون ملزمة للناس كافة بقطع النظر عن علمهم بها . وقد تكون نتيجة ذلك حرص الأفراد على أن يعلموا بالقوانين ولكن لا يجوز إقامة إلزامية القوانين على أساس افتراض العلم بها افتراضاً قاطعاً فضلا عن أن قاعدة افتراض العلم ليست موجودة فى القانون . إن كل ماورد فى القوانين المصرية هى قاعدة أنه لا يقبل من أحد أن يدعى بجهله القانون (م ٢ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية) . ولا تقتضى هذه القاعدة أن يكون أساسها هو افتراض العلم بالقانون بمجرد نشره . بل أساسها هو الضرورة الاجتماعية التى تقتضى أن تسرى القوانين على الناس كافة ولو لم يكونوا على علم بها . ولذلك لا يحل لأحد أن يحتج بجهله القانون بقصد إعفاء نفسه من طائلة القانون أو بقصد تفادى النتائج التى تترتب على عدم تنفيذه القانون .

ويصدق هذا على جميع القواعد القانونية سواء فى ذلك القواعد المطلقة (الآمرة) والقواعد المكملة لإرادة الطرفين ، فهذه وتلك ملزمة للأفراد إلزاماً لا يتوقف على العلم بها .

١٧٧ — وهنا تثور مسألة أخرى : إن القانون يجيز لمن أبرم تصرفاً بناء على غلط فى القانون دفع به إلى التعاقد أن يتمسك بالإبطال . فكيف يتفق هذا مع قاعدة أنه لايقبل من أحد أن يحتج بجهله القانون ؟

يفهم من قول بعض الشراح أن القاعدة الأولى استثناء من القاعدة الثانية . وهو استثناء مقيد بشروط ، هى أن يكون الغلط جوهريا ، وإن يكون المتعاقد الآخر واقعا فى نفس الغلط أو أن يكون على علم به أو يكون من السهل عليه أن يتبينه .

والذى نختاره هو الفصل بين مسألة إلزامية القوانين بمجرد نشرها وبين مساله تأثير الجهل بالقانون على التصرفات القانونية . ففرق بين أن يتمسك الشخص بجهله القانون بقصد التخلص من أحكامه ، وبين أن يبرم الشخص تصرفا تحت تأثير غلط فى القانون ثم يطلب الحماية المقررة لحسن النية ولو بالاستناد إلى الغلط فى القانون . فى الحالة الأولى يريد الشخص استبعاد حكم القانون وفى هذا مساس بمبدأ الزامية القوانين ولهذا لايجوز . أما فى الحالة الثانية فلا يترتب على إبطال التصرف أى مساس بالزامية القوانين ، بل تطبيق لها ، بمعنى أن من يتمسك بغلطه لايريد إلا العمل على احترام القوانين وتطبيقها تطبيقاً سليما . ولهـــذا جاز التمسك بالإبطال لغلط فى القانون .

الفرع الخامس

الفن التشريعى والصياغة القانونية

١٧٨ — الفن التشريعى هو فن وضع قواعد سهلة الفهم ميسورة التطبيق تكون متفقة مع مقتضيات العصر الاجتماعية . وثمة طريقتان فى وضع النصوص ، طريقة قديمة بدائية تسمى طريقة الحلول الجزئية ، وطريقة حديثة ، هى طريقة الحلول العامة .

١٧٩ — (١) طريقة الحلول الجزئية : وكانت تتحقق بإحدى صورتين : صورة إيجابية وصورة سلبية :

(ا) فإما أن يحاول المشرع تنظيم كل ما يمكن أن يدور بخلده من حالات خاصة ، ويعطى لكل حالة الحل الذى يتفق مع طبيعتها ومقتضياتها . وهو يقصد من هذا إلى تحقيق أمل ساذج هو استيعاب كل ما يمكن من صور الحياة القانونية المختلفة . وعيب هذه الوسيلة الإيجابية هو أنها تؤدى إلى وضع عدد كبير من النصوص القانونية تتسم بكثرة التفصيلات وعدم الانسجام . ثم إنها تكون دائماً خلف الحقيقة ، إذ مهما كان حرص المشرع على أن يتوقع كل شيء لا بد أن يظهر شيء لم يتوقعه فالحقيقة أخصب وأغرب من أن يسعها خيال المشرع . وبذلك يكون قصارى ما تصل إليه هذه الوسيلة هي وضع تنظيم مفصل تفصيلا لا تقتضيه ضرورة ، ومعقد ومتناثر ، وكثير الثغرات بصفة خاصة .

(ب) وإما أن يتفادى المشرع وضع قواعد محددة ، فيترك للقاضى مهمة بحث كل حالة على حدة ، ووضع الحل المناسب لها فى ضوء الظروف التى تكتنف كل حالة والتى تختلف من حالة لأخرى . فبدلا من أن يضع المشرع قاعدة تحدد سناً يعتبر بلوغها دليلا على بلوغ شخص درجة النضج العقلى ، يترك للقاضى بحث حالة كل شخص صغير السن ليعرف ما إذا كان قد بلغ نضجه العقلى درجة تكفل له إدراك مدى الالتزامات التى يتحمل بها عند إبرامه تصرف قانونى . إلا أن هذه الوسيلة السلبية تجرد القانون من موضوعه الأساسى ثم هى تؤدى إلى عدم الاستقرار وزوال الطمأنينة فى التعامل .

١٨٠ — (٢) طريقة الحلول العامة : لذلك هجرت التشريعات الحديثة طريقة الحلول الجزئية ، فلم يعد همها هو تعقب الحقيقة فى مختلف أوضاعها .

وأصبحت تميل أصلا إلى طريقة الحلول العامة التى تقوم على التجريد والتعميم فتستبعد من الحالات الخاصة التى يراد تنظيمها كل العناصر التى لا أهمية ، ويصطفى منها فقط الحالات النموذجية التى يضع بشأنها النص القانونى .

ولنضرب مثلا يوضح الفرق بين الطريقين: فى تحديد مسئولية الشخص عن خطئه يكون مقتضى الطريقة القديمة هو بيان جميع الأحوال التى يمكن أن تنشأ عنها المسئولية حالة حالة مما يؤدى إلى سرد قائمة طويلة من هذه الحالات ، وهى مع ذلك لن تحصر كل الأحوال . أما الطريقة الحديثة فتحدد فى صيغة عامة ومجردة النطاق الكلى لحالات المسئولية فتكتفى بذكر عناصر المسئولية وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية بينهما فتقول كل خطأ سبب ضرراً يلزم من ارتكبه بالتعويض .

١٨١ — السياسة القانونية : وعندما يحاول المشرع أن يضع القواعد القانونية يستهدى بما يسمى السياسة القانونية وهى تلك التى تبين الأهداف التى يراد من القانون تحقيقها ، والتى تترسم الحقائق الاجتماعية التى يستمد منها المشرع المادة التى يصوغ منها القانون . هذه الحقائق الاجتماعية تعتبر المادة أو الجوهر الذى يصاغ منه التشريع ، وهى تفرض نفسها على المشرع كما تفرض المادة الخام نفسها على المثال .

١٨٢ — أنواع الحقائق الاجتماعية : ويقسم جينى فى كتابه (العلم والصياغة فى القانون الخاص) هذه الحقائق إلى أربعة أنواع :

(أ) حقائق واقعية le donné réel : وهذه تشمل جميع الحقائق الطبيعية التى تحيط بالإنسان ، سواء أكانت حقائق فيزيائية (كاتحاد الجنسين ومدة الحمل وضعف الأطفال ، والمناخ ، والوسط الجغرافى) أو حقائق نفسية (كالشعور الأخلاقى عند الناس والشعور الدينى) .

(ب) الحقائق التاريخية le donné historique : وهذه تشمل مجموع التراث القانونى الذى آل إلينا ممن سبقونا والتطورات التى مر بها هذا التراث القانونى .

(ج) الحقائق العقلية le donné rationnel : وتشمل القواعد التى يستخلصها العقل من الحقائق الطبيعية والتاريخية .

(د) الحقائق المثالية le donné idéal : وهى تشمل آمال الإنسانية وأمانيها فى النهوض بالقانون الوضعى. وتختلف الحقائق المثالية عن الحقائق العقلية ، فالثانية تتسم بالشمول والثبات أما الأولى فتتسم بالتطور والرقى بالقانون إلى ما هو أحسن ، فهى تهدف إلى ما يجب أن يكون .

١٨٣ — الصياغة القانونية : وإذ يتعرف المشرع على الحقائق الاجتماعية بمختلف أنواعها ، التى سيصوغ منها القواعد الملائمة لما تعينه السياسة القانونية من أهداف يراد تحقيقها ، يتعين عليه أن يصوغ تلك القواعد على نحو يجعلها سهلة التطبيق العملى . وللوصول إلى هذا يستعمل وسائل مختلفة يتكون من مجموعها ما يسمى الصياغة القانونية Technique juridique

ويقسم جينى طرق الصياغة القانونية إلى نوعين : طرق صياغة مادية وطرق صياغة معنوية .

§ ١ — طرق الصياغة المادية

١٨٤ — وهى طرق تتميز بأن لها طابعاً خارجياً وأنها تقصد إلى تحقيق الطمأنينة ، بمعنى أنه إذا اتبع الأفراد هذه الطرق كان من حقهم أن يطمئنوا إلى حماية مصالحهم ، وأنه إذا اتبعها الحكام ساغ لهم أن يطمئنوا إلى طاعة المحكومين .

ومن أمثلة هذه الطرق المادية :

١٨٥ — (أ) إحلال التحديد الكمي محل التحديد الكيفي . ومعنى هذا أن المشرع ، بدلا من أن يحدد الشيء بصفته أو كيفه، مما قد يؤدى إلى إختلاف الآراء وتضاربها ، يفضل أن يحدده تحديداً كمياً أو عددياً ينقطع عنده دابر كل خلاف فى التطبيق ، مما يتيح للقاعدة القانونية أن تكون سهلة التطبيق من الناحية العملية . فالقاعدة المتعلقة بالتقادم كان يمكن أن تصاغ صياغة وصفية بأن يقال « كل من يضع يده على عين مدة طويلة تحمل الغير على الاعتقاد بأنه مالك للعين يصبح مالكا لتلك العين بالفعل » إلا أن صياغة القاعدة على هذا النحو يؤدى دائماً إلى وقوع النزاع حول مقدار المدة التى تكفى لحمل الغير على الاعتقاد فى ملكية واضع اليد ، مما يجعل القاعدة المصوغة على هذا النحو غير ميسورة التطبيق فى العمل . لهذا يصوغ المشرع فكرة التقادم صياغة عددية فيحدد مدة معينة تقطع دابر كل خلاف فيقول « كل من وضع يده على عين مدة خمس عشرة سنة ظاهراً عليها بمظهر المالك يصير مالكا لها بالفعل » . وكذا القول فى الأهلية إذ يستبدل المشرع بالتحديد الوصفى أو الكيفى لأهلية الشخص تحديداً كمياً ، فبدلا من أن يقول يكون الشخص ناقص الأهلية كلما لم يبلغ درجة النضج العقلى التى تمكنه من إدراك خطورة ما يبرمه من تصرفات يقول كقاعدة عامة « كل من لم يبلغ سن الحادية والعشرين يكون ناقص الأهلية » . وبذلك يستبدل بنقص الأهلية الطبيعى الذى يصعب التحقق منه ، نقص أهلية قانونى يسهل معرفته .

١٨٦ — (ب) الشكل . وهذا مثال آخر من أمثلة الصياغة المادية ، مؤداه أن يضع المشرع قواعد تقتضى الأفراد أن يتبعوا أشكالا معنية فيما يبرمونه من تصرفات قانونية . هذه الأشكال لا يقصد بها المشرع تحقيق هدف فنى ، كما كان الحال فى القانون الرومانى ، وإنما يقصد بها حماية الأفراد

من خطورة بعض التصرفات القانونية : فهبة العقار مثلا تصرف خطير ، إذ يتجرد بها مالك العقار من ملكية ذلك العقار دون مقابل . وقد يلجأ الشخص إلى هذه الهبة تحت تأثير عاطفة مؤقتة لا تلبث أن تزول لو مضت فترة من الزمن ، لذلك يوجب المشرع أن تقع هبة العقار فى صورة رسمية ، قاصداً من ذلك تصعيب الطريق وإطالة المدة التى تلزم للقيام بالإجراءات ، مما قد يترتب عليه أن تبرد فى الشخص تلك العاطفة الجامحة التى كانت هى الدافعة له على الرغبة فى إبرام الهبة . وكذا القول فى الرهن (التأمينى) للعقار ، إذ الرهن من العقود الخطيرة بالنظر إلى أن الغالب فيه أن ينتهى إلى بيع العقار المرهون عند عجز المدين الراهن عن الوفاء بالدين الذى رهن العقار ضماناً للوفاء به ، لذا يحاول المشرع أن يثنى عزم مالك العقار عن رهنه فيوجب عليه أن يتبع طريق الرسمية فى الرهن ، وهو طريق شاق وطويل ، قد تكون نتيجة الاضطرار إليه عدول مالك العقار عن إقتراض المبلغ الذى يضطر من أجله إلى رهن العقار ضماناً للوفاء .

١٨٧ — ومن قبيل الشكل أيضاً إشتراط المشرع أن يكون الإثبات بالكتابة فيما تزيد قيمته على مبلغ معين ، واشتراط الكتابة فى انعقاد أنواع معينة من العقود ، كعقد الشركة الذى يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلا (م ٥٠٧) ، أو فى إثبات عقود أخرى كعقد الصلح ، الذى لا يثبت إلا بالكتابة أو بمحضر رسمى (م ٥٥٢) ، والكفالة التى لا تثبت إلا بالكتابة (م ٧٧٣) .

ومن قبيل ذلك أيضاً إشتراط المشرع تسجيل التصرفات العقارية الناقلة للملكية ، إذ يوجب المشرع التسجيل لإمكان إنتقال الملكية بين الطرفين وفى مواجهة الغير (وهو من لم يكن طرفا فى التصرف) .

§ ٢ — طرق الصياغة المعنوية

١٨٨ — وهذه طرق تتسم بطابعها المنطقى ، وبأنها من عمل العقل ، وهى تستجيب لرغبة عند الإنسان فى التوضيح والتبسيط . ومن أمثلة هذه الطرق .

١٨٩ — (١) الطوائف والتقسيمات Catégories et classifications :
ويلجأ الفقه إلى هذه الطريقة لتميز عناصر الحياة القانونية بعضها من بعض ، فيعمد إلى تقسيمها بحسب طبيعتها مثلا إلى طوائف catégories ، كأن يقسم تلك العناصر إلى الطوائف الرئيسية الآتية : وهى الأشخاص ، والأشياء ، والحقوق ، والتصرفات القانونية ، والوقائع القانونية ، ثم يقسم كل طائفة من هذه الطوائف إلى طوائف أخرى ، فيقسم الأشخاص إلى اشخاص طبيعيين وأشخاص اعتباريين ، والأشياء إلى أشياء مادية وأخرى معنوية ، أو إلى منقولات وعقارات ، والحقوق إلى حقوق عينية وحقوق ذاتية ، والتصرفات إلى تصرفات من الجانبين وتصرفات من جانب واحد ، أو إلى تصرفات بعوض وتصرفات بغير عوض ، والوقائع إلى وقائع إرادية وأخرى غير إرادية ، أو تقسيمها من الناحية الجنائية إلى جنايات وجنح ومخالفات .

ولهذه التقسيمات أهمية ليست نظرية فحسب بل عملية أيضاً ، إذ تخضع كل طائفة لقواعد قانونية لا تخضع لها غيرها من الطوائف الأخرى المقابلة.

١٩٠ — القرائن présomptions : وهذه أيضاً طريقة من طرق الصياغة المعنوية مؤداها إنزال واقعة يغلب حدوثها منزلة الواقعة التى حدثت بالفعل ، أى أن هذه الطريقة لا تستند إلى حقيقة ثابتة بل إلى غلبة حدوث الشىء .

فمثلا الغالب أن حصول المؤجر على أجرة شهر لاحق يدل على أنه

قبض أجرة الشهر السابق ولهذا يجعل المشرع قبض المؤجر أجرة شهر مارس قرينة على أنه قبض شهر فبراير ، أخذاً بالغالب .

والقرينة ، بوصفها دليلا ، تكون قابلة للاثبات العكسى وتسمى عندئذ قرينة بسيطة فيجوز للمؤجر فى المثال السابق أن يثبت أنه لم يقبض أجرة شهر فبراير رغم أنه قبض أجرة شهر مارس .

ولكن قد يجعل المشرع القرينة قاطعة بحيث لا يجوز إثبات عكسها ، وهو يهدف من ذلك إلى تحقيق الصالح العام . مثال ذلك أن المشرع لكى يمنع تضارب الأحكام ويحافظ على ثقة الأفراد فى أحكام القضاء يفترض بصفة قاطعة أن الحكم متى صدر يكون مطابقاً للحقيقة ، وعلى أساس هذه القرينة القاطعة ، التى لا يجوز إثبات عكسها ، يضع قاعدة مؤداها أنه لا يجوز للخصوم أن يرفعوا الدعوى مرة ثانية بشأن نزاع فصل فيه، إذ أن رفع الدعوى بشأن النزاع نفسه مرة ثانية معناه محاولة إثبات أن الحكم لم يكن مطابقاً للحقيقة وقد افترض القانون بصفة قاطعة مطابقة الحكم للحقيقة . وهنا يستخدم المشرع القرينة القاطعة لأغراض تشريعية فيجعل منها أساساً لقاعدة حجية الأمر المقضى أو عدم جواز رفع الدعوى لسبق الفصل فيها . وبهذا تساهم القرينة فى صياغة القاعدة القانونية(١) .

١٩١ — المجاز fiction : سبق أن قلنا فى مكان آخر إن المجازات القانونية هى من وسائل الصياغة القانونية أو التشريعية ، وإنها وسيلة مؤقتة يلجأ اليها إلى حين الكشف عن الأفكار الملائمة للغرض الذى يراد تحقيقه .

ويلاحظ أن الصياغة القانونية قد تبتعد عن الحقيقة فى بعض الأحوال كما فى القرائن حيث يستند المشرع فيها لا إلى الحقيقية بل إلى الاحتمال ، أو هو يحوم حول الحقيقة أو يقترب منها . بخلاف الحال فى المجاز فهو

---

(١) عبد المنعم الصدة «الاثبات فى المواد المدنية» ١٩٥٤ ص ٢٩٦ .

وسيلة مغايرة للحقيقة تمام المغايرة . وهنا تصل الصياغة القانونية إلى أقصى درجات التصنع ومغايرة الحقيقة . ولهذا يرى الشراح وجوب الاقتصاد فى المجاز والاقتصار فيه على ماورد منه فى التشريع وعدم التوسع فى تفسيره .

ومن الأحوال التى يفيد فيها الالتجاء إلى المجاز ، حتى توجد وسيلة أخرى ، ما يسمى بالشخصية الاعتبارية ، حيث يخلق المشرع من العدم كائناً خيالياً يعتبره شخصاً يتمتع بشىء من الأهلية التى يتمتع بها الشخص الطبيعى ، وكذلك عندما يصور المشرع شيئاً بصورة يخالف حقيقته فيلحقه فى الحكم بشىء آخر مناقض له كما فى العقار بالتخصيص ، وفى المنقول بحسب المآل . فما يسمى العقار بالتخصيص هو أشياء فى حقيقتها منقولة كالماشية الملحقة بالأرض وأدوات الزراعة المخصصة للأرض ولكن بالنظر إلى كونها مخصصة لخدمة الأرض يعتبرها القانون عقارات (بالتخصيص) على خلاف طبيعتها وهو يقصد من إلحاقها فى الحكم بالأرض التى خصصت لخدمتها ألا يجوز الحجز عليها منفصلة عن الأرض حتى لا تتعطل زراعة الأرض . والمنقول بحسب المآل ، كالمنزل يباع أنقاضاً وهو لايزال قائماً ، هو عقار بطبيعته ولكن يعتبره القانون منقولاعلى خلاف الحقيقة بالنظر إلى ماسيؤول إليه أمره ، ويقصد الشارع من هذا أن يأخذ هذا العقار حكم المنقول فى البيع أو الرهن أو الحجز .

الفرع السادس

التقنين

Codification

١٩٢ — إلى هنا كان كلامنا مقصوراً على التشريع فى ذاته . ونتكلم الآن فى ظاهرة أخرى هى أنه قد توجد داخل الدولة الواحدة تشريعات عدة تعالج كل منها نظاماً قائماً بذاته أو طوائف مختلفة من العلاقات

الاجتماعية . ثم إنه كلما اتسعت العلاقات الاجتماعية وتشعبت كثرت التشريعات حتى تستطيع مواجهة الحاجات الجديدة . ثم قد توجد إلى جوار التشريعات أعراف متعددة . ويكون من شأن هذا وذاك أن توجد عدة تشريعات متناثرة ، غير متناسقة ، يعارض بعضها بعضاً وقد يقع فيها التكرار . وعندئذ تصعب الإحاطة الكافية بحالة النظام القانونى ويكون التطبيق السليم أمراً غير ميسور . لهذا تمس الحاجة فى وقت معين إلى صهر كل هذه التشريعات والأعراف فى تشريع واحد توضع فيه القواعد الأساسية فى التشريعات والأعراف السابقة ، بعد ترتيب هذه القواعد وتبويبها وحذف المكرر منها واستبعاد مافيها من تناقض ثم إدماجها فى كتاب واحد . والعملية التى يتحقق بها هذا الغرض تسمى التقنين Codification ويسمى الكتاب الذى يضم ذلك التشريع الواحد مجموعة أو مدونة Code .

ومن ثم يكن تعريف التقنين بأنه جمع القواعد القانونية المتعلقة بفرع من فروع القانون وترتيبها وتبويبها وإزالة ما فيها من تكرار وتناقض ثم وضعها فى كتاب يسمى مجموعة أو مدونة (Code) . كما يمكن تعريف المجموعة بأنها كتاب يضم جملة النصوص التشريعية المتعلقة بفرع معين من فروع القانون . ومثالها المجموعة المدنية ، ومجموعة الإجراءات المدنية والمجموعة الجنائية ومجموعة الإجراءات الجنائية الخ . .

١٩٣ — والتقنين ظاهرة تتحقق فى معظم الدول فى وقت معين من تاريخها ، فهو يستهدف بصفة أساسية توحيد القانون فى البلاد التى لم يكن فيها القانون موحداً .

وقد يحصل التقنين أيضاً فى البلاد التى وحد فيها القانون من قبل ، ويكون المقصود من التقنين فى هذه الحالة ضم التشريعات المختلفة فى مجموعة واحدة لتسهيل دراستها والتعرف عليها وليتكون منها كل متناسق ومنظم . ومثال ذلك فى الوقت الحاضر تقنين تشريعات العمل . وكذلك قد تعمد

الدول التى يسدد فيها القانون العرفى إلى تقنين جزء من الأعراف السائدة فيها عندما تمس الحاجة إلى تثبيت هذا الجزء فتجعل منه بذلك قانوناً مكتوباً، وكذلك يلجأ إلى التقنين عندما يراد إدخال قانون أجنبى كما حدث فى مصر من قبل، ولو أن هذه العملية الأخيرة لاتعتبر تقنيناً بالمعنى الفنى .

١٩٤ — مزايا التقنين : وللتقنين مزاياه العلمية والعملية والسياسية :

فمن الناحية العلمية يؤدى التقنين إلى إزالة التعارض والتكرار فى التشريعات المتعددة ، ويساعد على إظهار التشريع فى صورة متناسقة ومحكمة ، وكاملة . حتى لقد ذهب أنصار التقنين إلى أن أهم خواص المجموعة أو المدونة هو الكمال بمعنى أنها يجب أن « تشتمل على جميع الالتزامات التى تقع على المواطنين» . ولقد نشأ عن انتصار حركة التقنين أن صار الكمال هو المثل الأعلى الدائم عند الفقيه ، إلى حد أن اعتبر التقنين أحد الدوافع التى اتسم بها ذلك التيار الفكرى القانونى ، الذى ساد فى القرن الماضى ، والمسمى الوضعية القانونية Positivisme juridique .

ومن الناحية العملية يترتب على التقنين تيسير البحث عن أحكام القانون بعد أن جمعت كلها فى كتاب واحد ورتبت وبوبت . وهذا كما يفيد القضاة والفقهاء يفيد المتقاضين الذين تسهل عليهم معرفة التشريعات بعد أن زال عنها الغموض والشكوك ، مما يزيد ثقتهم بها .

ومن الناحية السياسية يؤدى التقنين إلى توحيد البلد الواحد إذا كان مكوناً من عدة ولايات ، كما يساعد على التقريب بين الدول التى تتشابه فيها النظم القانونية . بل إن التقنين يعتبر مظهراً من مظاهر الحرية والديمقراطية فى الدولة ، إذ يترتب عليه زوال عيبين يوجدان دائماً فى الدول التى تتنكر للحرية والديمقراطية ، وهما الأثر الرجعى للقوانين وانعدام الرقابة من جانب الشعب ، والتى يسود فيها نظام القانون القضائى .

١٩٣ — ولقد نجحت تجربة التقنين فى فرنسا وترتب على ذلك أن اندفع كثير من الدول إلى محاولة عمل تقنينات فى بلادها أسوة بما فعلته فرنسا ، على أثر نشر تقنين نابليون عام ١٨٠٤ . ومع ذلك فقد ثار الخلاف فى ألمانيا حول فائدة التقنين . وتألفت مدرستان : إحداهما تناصر فكرة التقنين وكان يتكلم بلسانها الفقيه Thibaut الذى نشر فى عام ١٨١٤ فى هيدلبيرج كتيباً بعنوان « حول ضرورة عمل مجموعة مدنية عامة لألمانيا » بين فيه أنه يجب عمل تعديل كامل للقانون ، بسبب أن المجموعات القديمة الوطنية كانت مجموعات خاصة غير متفقة مع ظروف الجماعة الألمانية ، وأن القوانين التى كانت سائدة فى ألمانيا فى ذلك الوقت (القانون الرومانى والقانون الكنسى) كانت قوانين أجنبية تتنافر مع طبيعة شعب ألمانيا . ولهذا نادى بأن تعمل مجموعة قانونية واحدة لكل البلاد الألمانية وناشد الفقهاء أن يسهموا جميعاً فى عمل قانون وطنى يتفق مع عادات الشعب الألمانى ومصالحه .

أما المدرسة الثانية ، فكانت تعارض فكرة التقنين وكان يرأسها الفقيه سافينى مؤسس المذهب التاريخى ، والذى قاوم الدعوة إلى عمل تقنين لألمانيا مقاومة عنيفة ، ولقد نشر فى نفس العام (١٨١٤) كتيباً هاجم فيه حجج الداعين إلى عمل تقنين ، وذكر العيوب التى ينطوى عليها كل تقنين ، وكان يستند فى رأيه على فكرة كانت محور المذهب التاريخى الذى نادى به ، وهى أن القانون ، كاللغة ، يرتبط ارتباطاً وثيقاً بالبيئة التى ينشأ فيها وأنه لابد أن يتطور بتطور الجماعة ، وأن حبس القانون فى مدونة وصبه فى قالب جامد إنما يترتب عليه شل حركته ومنعه من التطور وفقاً لتطور الجماعة . ولكن لما كان من المستحيل منع القانون من التطور فإن النتيجة الحتمية للتقنين هى أنه بعد مضى مدة معينة ، يكون القانون قد تطور فى خلالها ليستجيب لحاجات الجماعة المتطورة ، يصبح التشريع المقنن مجرد صورة لما كان عليه الحال فى الماضى . ويضيف سافينى إلى ذلك أن تدوين التشريع لن يكون

فى مصلحة العدالة إذ أنه سيضع القاضى أمام تشريع جامد يكون فى نفس الوقت ناقصاً لأنه لا يمكن أن يكون قد اشتمل على كل شيء . و بذلك توجد حالات لم ينص عليها وستعرض حالات جديدة لم تدر بخلد المشرع وستكثر هذه الحالات كلما بعد العهد بالجماعة عن الوقت الذى قنن فيه التشريع . وكل هذا لا بد أن يفضى إلى تحكم القضاء .

ولكن الوقائع نفسها تكفلت بفض النزاع الذى ثار بين أنصار التقنين وأعدائه . ذلك أن معظم دول أوروبا قد قننت تشريعاتها فى غضون القرن التاسع عشر وأوائل القرن العشرين . وكان من بين هذه الدول ألمانيا نفسها التى قننت تشريعها المدنى عام ١٩٠٠ .

١٩٣ — وصحيح أن التقنين إلى جانب ماله من مزايا توجد له مساوىء تتمثل فى الآثار النفسية التى تترتب عليه عند الفقهاء .

ذلك أنه ما يكاد يتم التقنين حتى يكتسب فى أعين الفقهاء نوعا من التقديس — إلى حد اعتباره عملا نهائياً ، خالداً ، لا يبلى ، يجب احترام ما جاء فيه ولا يجوز المساس به إلا فى حذر شديد وبمقدار ما تمس الحاجة الشديدة إلى إجراء تعديل فيه . ولقد ترتب على هذا أن ظلت مشروعات التنقيح ردحاً طويلا من الزمن غير مرغوب فيها .

ثم ما يلبث الفقهاء أن ينظروا إلى التقنين على اعتبار أنه المصدر الوحيد فى تكوين القانون ، وأنه كامل أحصى كل شيء وأعطى الحلول لجميع المسائل التى تنشأ من علاقات الأفراد اليومية . حتى لقد ظهرت فى خلال القرن التاسع عشر ، على أثر صدور التقنينات المختلفة ، نظرية تسمى « نظرية كمال التقنين » مؤداها أنه من سمات التقنين أنه يكون كاملا بمعنى أنه يشتمل على حل لكل مايعرض فى الحياة من مسائل . وكان هذا القول من بين الحجج التى استند إليها الداعون إلى التقنين . ولما انتصرت حركة التقنين أصبح

التقنين علماً يلوح به أنصار مذهب القانون الوضعي « الوضعيون القانونيون » الذين ذهبوا إلى حد القول أنه لا يمكن أن يوجد نقص في التقنين . وهذا طبعاً قول لا يتفق مع الواقع .

١٩٤ — غير أن هذه المآخذ تفقد أهميتها إذا فهم التقنين على وجهه الصحيح واتبع في عمله الفن التشريعي السليم :

(ا) فالتقنين ليس تسجيلا لقواعد قانونية ثابتة لا تتغير وإنما هو ترتيب القواعد المتعلقة بفرع من فروع القانون وإزالة التناقض بينها ومحو المتكرر منها وذلك لتسهيل البحث عن القواعد القانونية سواء للمشتغلين بالقانون أو لغيرهم . ثم لا يجوز النظر إلى التقنين على أنه عمل كامل ، إذ مهما كان حرص واضعيه على تضمينه الحلول لجميع المسائل ، لابد أن تترك حالات دون تنظيم ، وأن تنشأ حالات جديدة لا يكون لها حل في التشريع ، ضرورة أن الحياة متطورة متجددة . ومن هنا وجب التسليم بأن النقص في التشريع أمر حقيق . مهما قال الوضعيون القانونيون في سبيل إنكار هذه الحقيقة .

ثم لهذا يجب عدم اعتبار التقنين عملا نهائياً . فهو عمل تجب مراجعته من وقت لآخر حتى يكون متمشياً مع تطور الجماعة وما تنشأ من حاجيات جديدة . وأن قانوناً لا يراجع لا يلبث أن يصير عتيقاً لا يتفق مع حالة القانون الحقيقية مما يؤدى إلى وجود انفصال بين القانون المجمد في نصوص وبين مقتضيات التعامل التي لا تكف عن الحركة والتطور .

(ب) ويجب أن يتبع في عمل التقنين قواعد الفن التشريعي السليم ، فلا تتبع طريقة الحلول الجزئية التفصيلية ، بل طريقة الحلول العامة التي يمكن تخصيصها بحسب الأحوال التي تعرض في العمل .

كذلك يجب ألا يسرف واضعو التقنين في وضع القواعد القانونية

الجامدة ، بل الأحسن الإكثار من القواعد المرنة التى تتيح للقاضى استعمال سلطته التقديرية عند التطبيق فيعطى لكل حالة ما يناسب ظروفها .

١٩٥ — حركة التقنين فى مصر : ارتبط تاريخ التقنين فى مصر بإنشاء المحاكم . فلما أنشئت المحاكم المختلطة لتنظيم القضاء بين الجاليات الأجنبية ، كان لابد أن توضع تقنينات تطبقها تلك المحاكم لذلك وضعت عام ١٨٧٥ ست تقنينات هى التقنين المدنى والتقنين التجارى والتقنين البحرى وتقنين المرافعات والتقنين الجنائى وتقنين الإجراءات الجنائية ، أخذت جميعها عن التقنينات الفرنسية باعتبارها فى ذلك الوقت أيسر من غيرها من التقنينات فى التطبيق على الجاليات الأجنبية ، وذلك فيما خلا بعض مسائل أخذ فيها بأحكام الشريعة الإسلامية كالشفعة وبيع المريض مرض الموت وبعض مسائل البيع والإيجار .

وعندما أريد تنظيم القضاء بين المصريين ، على النحو الذى نظم به بين الأجانب ، أنشئت المحاكم الأهلية ، فوضعت لهذه المحاكم تقنينات ست منقولة عن التقنينات المختلطة ، فصدر التقنين المدنى فى اكتوبر سنة ١٨٨٣ وصدرت التقنينات الباقية (وهى تقنين المرافعات ، والتقنين التجارى والتقنين البحرى والتقنين الجنائى وتقنين الإجراءات الجنائية) فى نوفمبر ١٨٨٣ .

١٩٦ — إلا أن هذه الحركة لم تكن تقنيناً بالمعنى الفنى لكلمة تقنين، بل كانت تلقيا reception لقانون أجنبى استورد من الخارج وأنزل منزلة قانون الدولة . وإنما يبدأ عهد التقنين بمعناه الصحيح عندما أخذت مصر فى تنقيح تلك التقنينات ، فنقح تقنين العقوبات وتقنين الإجراءات الجنائية مرتين ، أولاهما فى عام ١٩٠٤ وثانيهما فى عام ١٩٣٧ واستمرت حركة التقنين فى طريقها :

ففى سنة ١٩٤٨ صدر التقنين المدنى الجديد فى ١٦ يوليو ١٩٤٦ وهو

التقنين المدنى الحالى ، ثم تلا ذلك صدور تقنين جديد للمرافعات فى نفس العام ونص فيهما على أن يبدأ العمل بهما فى ١٥ أكتوبر سنة ١٩٤٩ ، ثم تلا ذلك صدور تقنين جديد للإجراءات الجنائية فى سبتمبر ١٩٥٠ . ولاشك فى أنه ستصدر تقنينات جديدة أخرى بصدد ما لايزال باقياً فى التقنينات القديمة وهى التقنين التجارى والتقنين البحرى .

المبحث الثانى

العرف

Coutume

١٩٧ — **المصدر الثانى للقانون هو العرف** : ولقد رأينا أن المصدر الأول هو التشريع . وثمة فرق بين المصدرين : ففى التشريع يبدو القانون على أنه إرادة الدولة اتخذت شكلا رسمياً محدداً فى وثيقة ، لايوجد القانون بدونها . وهذا هو القانون المكتوب . وهو الظاهرة العادية فى الحياة الدستورية الحديثة . أما فى العرف فيتكون القانون من تلقاء نفسه فى حياة الناس ، بناء على قوة العادة وتحت تأثير حاجات الأفراد . وهو ملزم للأفراد حتى قبل أن يعلموا به وقبل أن يفكروا فى وضعه فى صورة نص . وفى التشريع يكون إنشاء القانون إرادياً ، مقصوداً . أما فى العرف فيتكون القانون تلقائياً وبصورة ذاتية ، من خلال أفعال أو سلوك يمارسها بعض الأشخاص أول الأمر ثم يمارسها بعد ذلك أشخاص آخرون عندما يدركون فائدتها ، وهكذا يعم العمل بهذه الأفعال حتى تصبح موحدة ومستقرة وتأخذ طابع الإلزام .

والعرف ، من الناحية التاريخية ، مصدر للقانون سابق على التشريع . فمن المسلم تاريخياً أنه فى الشعوب البدائية القديمة كانت علاقات الأفراد

تنظم تلقائياً عن طريق العرف . فلما تقدمت المدنية وتشعبت العلاقات الاجتماعية وتزايدت حاجات الناس أحسوا بالحاجة إلى قانون محدد فانتقلوا من مرحلة القانون غير المكتوب إلى مرحلة القانون المكتوب . وبذلك أخذ التشريع مكانه إلى جوار العرف . وأخذت أهمية التشريع تتزايد بازدياد الثقافة وازدياد وسائل نشر الفكر الإنسانى عن طريق الطباعة. ولما اتسع نشاط الدولة التشريعى واستأثرت الدولة بسلطة وضع القواعد القانونية وأعدت لذلك هيئات مهمتها إصدار قواعد قانونية مكتوبة أصبح التشريع فى المحل فى حين نزل العرف إلى المرتبة الثانية وأصبح مصدراً إحتياطياً للقانون ، لا يرجع إليه إلا عند خلو التشريع من النص القانونى الواجب التطبيق على الحالة المعروضة أمام القاضى .

ويتعلق المصدران ، التشريع والعرف عند وجودهما معاً ، بنوعين مختلفين من العلاقات : فحيث تكون العلاقات منضبطة ومحددة ، يجب أن يكون مصدرها هو التشريع ، وعندئذ ينكمش العرف أو يصير عديم الفاعلية . ومثال هذه العلاقات أغلب علاقات القانون المدنى . أما حيث تكون العلاقات عائمة ومتغيرة (كما فى العلاقات التجارية) أو حيث تكون النظم غير محددة ومرتبطة بالظروف السياسية (كما فى علاقات القانون الدولى العام) فإن العرف يسترد سلطانه ويبسطه حتى يصل إلى الحد الأقصى من قوته الخلاقة .

الفرع الأول

عناصر العرف

١٩٨ — تعريف : العرف باعتباره مصدراً للقانون هو تكرار احترام الجماعة بصفة عامة ومستمرة وموحدة ، لقاعدة من قواعد السلوك مع الاعتقاد فى إلزامية هذه القاعدة .

يخلص من هذا التعريف أن العرف يتكون من عنصرين ، عنصر خارجي (مادى أو موضوعى) وعنصر داخلى (شخصى أو معنوى ، أو نفسانى) . ونتكلم فى هذين العنصرين تباعا .

§ ١ — العنصر الخارجى

(المادى أو الموضوعى)

١٩٩ — العنصر الخارجى للعرف هو عبارة عن تكرار ، عام ، ومستمر وموحد ، لمسلك معين فى ظروف واحدة . ومن هنا يجب أن يتوافر فى هذا العنصر الخواص الثلاثة الآتية :

٢٠٠ — (١) *فيجب أن يكون التكرار عاما* : وليس معنى هذا أن يكون تكرار المسلك أو اعتياد القيام به حاصلا من جميع أفراد الجماعة . فهذا شرط لم يتحقق إلا فى الجماعات القديمة وقت أن كانت الجماعة قليلة العدد . أما الآن وقد اتسعت الجماعة وتعقدت وتنوعت عناصرها قل أن يكون لديها الوقت لتكوين عرف عام . ولهذا يكفى أن يقتصر الاعتياد على فئة محدودة من الجماعة كالصناع أو الزراع أو التجار ، أو البحارة أو الملاك أو المستأجرين الخ . فى نطاق هذه الفئة يجب أن يكون الاعتياد عاما ، لا من جانب شخص معين . فلا يكفى لتكوين القاعدة العرفية أن يقع التكرار من تاجر معين بل يجب أن يقع التكرار من عدد غير محدود من أشخاص غير معينين بذواتهم .

ويجب أن يكون هذا التكرار بالنسبة لجميع العلاقات أو لعلاقات من نوع معين ، وأن يقع هذا التكرار فى اقليم البلد كله أو فى جزء منه فقط فلا يلزم أن يكون العرف عاماً دائماً ، فهناك الأعراف الخاصة والمحلية .

٢٠١ — (٢) *وكذلك يجب أن يكون التكرار موحداً* : أى على نمط واحد ، فلا يتخلله ، مع بقاء الظروف عينها ، اتباع مسلك مختلف . على أن

هذا الشرط لا يعنى أنه يجب أن يتحد مسلك الجماعة فى نفس الظروف اتحاداً مطلقاً ، فشذوذ بعض أفراد الجماعة لا يمنع من اعتبار مسلك معين هو السائد فى تلك الجماعة ، وبه يتحقق شرط التشابه أو وحدة النمط .

٢٠٢ — (٣) *ويجب أن يكون التكرار مستمراً* : بمعنى أنه يجب أن يتكرر نفس المسلك كلما تحققت نفس الظروف التى أتبع فيها هذا المسلك ، فلا توجد فترات انقطاع لا يتبع فيها نفس المسلك فى نفس الظروف . ويجب على كل حال أن يستمر هذا التكرار مدة تكفى للاعتقاد بأن العرف قد تكون. وهذا أمر متروك تقديره لقاضى الموضوع. ولكن لا يلزم تحديد عدد معين من السنين يجب أن ينقضى حتى يستقر العرف ويكتسب قوة . ذلك أن الزمن الذى يجب أن ينقضى فى هذا الشأن يختلف من علاقة لأخرى، فمثلا فى العلاقات الزراعية تطول المدة اللازمة لتكوين العرف بالنظر إلى بطء هذا النوع من العلاقات فى حين تكون هذه المدة قصيرة فى العلاقات التجارية حيث تتسم هذه العلاقات بالنشاط الضخم السريع وبذلك يكون التكرار سريعاً مما يتيح الاستقرار للعرف فى مدة قصيرة . والأمر متروك للقاضى فى التعرف على ما إذا كانت المدة كافية لاستقرار العرف .

٢٠٣ — وغنى عن البيان أنه يجب أن يقع التكرار على مسلك يصلح لأن يكون محلا للتنظيم القانونى . فتكرار العمل الذى يعتبر شخصياً والذى لا توجد بشأنه فكرة الغير لا يصلح لأن يكون محلا للتنظيم القانونى وبالتالى لا يصلح لتكوين قاعدة عرفية . فاعتياد الذهاب إلى المسجد أو الكنيسة فى أيام معينة واعتياد التزى بزى معين فى مناسبات معينة يدخل فى نطاق حرية الأفراد ولا يتعلق بالغير . ولقــد علمنا أن من خواص القاعدة القانونية أن تكون تبادلية فتنشىء حقاً لشخص يقابله واجب تلقيه على عاتق شخص آخر .

على أن هناك قواعد مجاملات يكون لها طابع خارجى تبادلى، وهذه تعتبر عادات اجتماعية . وتدق التفرقة بين علاقات تبقى فى عداد العلاقات غير القانونية بالنظر إلى صفة المصالح التى تقوم عليها هذه العلاقات ، وعلاقات أخرى تقع فى النطاق القانونى بالنظر إلى أهميتها من الناحية الاجتماعية . ومن الصعب وضع حدود دقيقة بين هذين النوعين من العلاقات ، ويكون المرجع فيها إلى الأفكار السائدة فى كل بيئة . فرد التحية والقيام بمظاهر الاحترام لا ينتمى إلى النطاق القانونى ولكنها يمكن فى ظروف معينة أن تصبح ذات طابع قانونى كالتحية العسكرية .

§ ٢ — العنصر الداخلى

(الشخصى أو النفسى)

٢٠٤ — العنصر الداخلى للعرف يتكون من الاعتقاد بأن اتباع مسلك معين فى علاقة معينة أمر ملزم قانوناً بحيث يحس الأفراد أن الانحراف عن هذا المسلك يعد مخالفة للقانون . هذا العنصر الثانى يتكون من اجتماعه بالعنصر الأول (الخارجى) وجود القاعدة العرفية ، أى القاعدة القانونية العرفية .

وعلى هذا العنصر الداخلى تقوم إلزامية القاعدة العرفية . وعلى أساسه لا تعتبر قواعد الأخلاق ولا قواعد المجاملات بصفة عامة قواعد عرفية رغم تكرارها إذ ينقصها عنصر الاعتقاد فى إلزاميتها من الناحية القانونية .

غير أن فريقاً من الشراح المحدثين أخذ يشكك فى صحة هذا العنصر الداخلى . وكان من أخطر ما وجه إلى هذا العنصر هو أن إقامة الإلزام فى القاعدة العرفية على أساس الاعتقاد فى الإلزام يؤدى إلى الدوران فى حلقة مفرغة ، إذ فى الوقت الذى يقال فيه إن وجود الاعتقاد فى الإلزام هو الذى

ينشىء القاعدة العرفية يقال إن القاعدة العرفية لا تكون ملزمة إلا إذا كان ثمة اعتقاد فى كونها ملزمة .

غير أن هذا النقد يستمد قوته من الخلط بين حالتين مختلفتين : بين كيفية تكوين العرف ، وبين العرف الذى تكون بالفعل . فالواقع أن نشوء الاعتقاد فى احترام مسلك معين هو نوع من تطور شعور الجماعة ، بخصوص ضرورة احترام هذا المسلك . هذا الاعتقاد يجب أن يستمر مدة من الزمان فى خلالها يكون من المؤكد أن القاعدة العرفية لم توجد بعد . أما إذا تم تطور شعور الجماعة فى ضرورة احترام ذلك المسلك نشأت القاعدة العرفية . وعندئذ لايمتنع أن يكون أساس الإلزام فى القاعدة العرفية التى تكونت هو الاعتقاد فى إلزاميتها ، أى أن عنصر الاعتقاد يقوم بوظيفتين : تكوين القاعدة العرفية ، وتأسيس إلزامية تلك القاعدة .

الفرع الثانى

العادة الاتفاقية والقاعدة العرفية

٢٠٥ — وعلى أساس العنصر الشخصى يميز الفقه بين العادة الاتفاقية والقاعدة العرفية . فالعادات الاتفاقية هى فى أصلها شروط توضع فى الاتفاقات ثم يضطرد استعمالها على هذا النحو حتى ينتهى الأمر إلى اعتبارها موجودة ضمناً فى العقود دون حاجة إلى أن ينص عليها صراحة . وبذلك يكون أساس إلزاميتها للطرفين هو إرادتهما الضمنية . ومن هنا كانت التفرقة بين العادة الاتفاقية والقاعدة العرفية : فالأولى تستند فى إلزاميتها إلى إرادة المتعاقدين الضمنية فى حين تستند الثانية فى إلزاميتها إلى شعور الجماعة بأن احترام هذه القاعدة واجب قانوناً . وبذلك ينقص العادة الاتفاقية لكى تكون عرفاً عنصر الاعتقاد فى إلزاميتها من الناحية القانونية أى أنها

تحتوى على العنصر الخارجى للقاعدة العرفية دون العنصر الداخلى . ولذا لم يكن الفرق بين القاعدة العرفية والعادة الاتفاقية فرقاً فى الطبيعة بل هو فرق فى الدرجة على اعتبار أن العادة الاتفاقية هى مرحلة فى تكوين القاعدة العرفية[1] . فإذا ما كثر استعمال العادة الاتفاقية بحيث تعتبر قاعدة فى ذاتها دون ربطها بالإرادة التعاقدية عندئذ تكتسب تلك العادة قوة القاعدة العرفية . ولكن إلى أن تصل العادة العرفية إلى هذه الدرجة لا تعتبر قاعدة عرفية ومن هنا لم تكن العادة الاتفاقية قاعدة قانونية .

٢٠٦ — وتظهر أهمية التفرقة بين القاعدة العرفية والعادة الاتفاقية من وجوه عدة أهمها :

(ا) أنه لما كانت القاعدة العرفية تعتبر قاعدة قانونية وجب أن تثبت لها ميزات القواعد القانونية . ولذا كانت القاعدة العرفية ملزمة كسائر القواعد القانونية ووجب بالتالى على القاضى أن يطبقها ولو لم يتمسك بها الخصوم أو كانوا يجهلون وجودها . ولكن لا يترتب على اعتبار القاعدة العرفية قاعدة قانونية أن تسرى بشأنها قاعدة أن القاضى يعرف القانون jura novit curia لما أن علم القاضى بالعرف لا يمكن أن يكون من حيث الشمول والدقة مثل علمه بالقانون ولذا لا يفترض علم القاضى بالعرف ، فإذا كان القاضى يجهل العرف فإنه يستطيع أن يطلب إلى من يتمسك بقاعدة عرفية أن يثبت وجودها ، وهنا تنطبق قاعدة إذا عجز المدعى عن الإثبات برئت ذمة المدعى عليه ، أما إذا كان القاضى على دراية بالعرف فطبقه فإنما يكون فى حدود وظيفته التى تقوم على تطبيق القانون سواء أكان القانون مكتوباً أو غير مكتوب .

أما العادة الاتفاقية ، فلأنها ليست قاعدة قانونية لا يلتزم القاضى

---

(١) ولهذا لايسلم بعض الشراح بوجود فرق بين العادة الاتفاقية والقاعدة العرفية .

بتطبيقها إلا إذا طلب ذلك أصحاب المصلحة ، ثم إنها ، إذ تستند إلى إرادة الطرفين الضمنية ، لا تكون ملزمة للطرفين إلا إذا كانا يعلمان بها (بخلاف القاعدة العرفية التى لا تتوقف فى إلزاميتها على العلم بها) ، ولا يقع إثباتها على القاضى بل على من يدعيها أن يثبتها ، إذ لما لم تكن قاعدة قانونية لا تتمتع بقاعدة أن القاضى يعرف القانون .

(ب) وإذ كانت القاعدة العرفية قاعدة قانونية فإن الحكم الذى يخالف قاعدة عرفية أو يخطىء فى تطبيقها أو فى تفسيرها يمكن الطعن فيه بطريق النقض لاسيما أن المادة ١/٤٢٥(مرافعات) تجعل من أسباب الطعن بالنقض مخالفة الحكم للقانون لا مخالفته للتشريع .

ويختلف الفقه فى مدى ما يمكن أن تشمله رقابة محكمة النقض : إذ يذهب رأى إلى قصر هذه الرقابة على تطبيق العرف وتفسيره من جانب قاضى الموضوع ولا يبسط هذه الرقابة على حكم قاضى الموضوع فيما يتعلق بوجود العرف بعنصريه المادى والمعنوى ، إذ يعتبر هذه المسألة من قبيل المسائل الواقعية التى لا تخضع لرقابة محكمة النقض . فى حين يذهب رأى آخر إلى أن رقابة محكمة النقض على حكم قاضى الموضوع المتعلق بالعرف تشمل الأمرين معاً حكمه فيما يتعلق بوجود العرف بعنصريه المادى والمعنوى وحكمه فى تطبيق العرف وتفسيره .

أما حكم القاضى فيما يتعلق بالعادة الاتفاقية فتتعلق بالواقع ومن ثم لا يخضع لرقابة محكمة النقض .

الفرع الثالث

أنواع العرف

٢٠٧ — ينقسم العرف من حيث الإقليم إلى عرف عام إذا كان معمولا به فى إقليم الدولة كله ، وعرف محلى إذا كان مطبقاً فى بعض أجزاء الإقليم فقط ، كالعرف المطبق فى مناطق تجارية أو زراعية أو صناعية أو فى بعض الموانىء الخ .

كما ينقسم من حيث العلاقات التى ينطبق عليها إلى عرف عام إذا كان ينظم جمع العلاقات ، وعرف خاص إذا كان ينظم علاقات معينة فقط كالعرف المتبع فى نوع معين من التجارة كتجارة الحبوب أو تجارة المواشى .

على أن أهم تقسيمات العرف هو تقسيمه من حيث مركزه من التشريع إلى عرف مساعد للتشريع وعرف مكمل لنقص فى التشريع .

٢٠٨ — (١) **العرف المساعد للتشريع** *secundum legem* : هو عرف يحيل عليه التشريع ، (ا) إما للاستعانة به فى تفسير إرادة المتعاقدين ، (ب) وإما لتكميل اتفاقهما فى المسائل التفصيلية التى أرجأ الاتفاق عليها إلى وقت لاحق ثم لم يتوصلا إلى الاتفاق عليها ، (حـ) وإما لتكميل مضمون قاعدة تشريعية مرنة تركت فى جزء منها على بياض ليملأه القاضى فيما بعد بناء على سلطته التقديرية (راجع رقم ٩٠ ص٩٥ وما بعدهما) .

(ا) ومثال العرف الذى يساعد فى تفسير قاعدة قانونية ماورد فى المادة ٢/١٥٠ التى تقضى بأنه « إذا كان هناك محل لتفسير العقد فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » .

(ب) ومثال العرف الذى يرجع إليه لتكميل اتفاق الطرفين فيما تركاه من

مسائل تفصيلية ثم لم يتوصلا للاتفاق عليها ما جاء فى المادة ٩٥ من أنه « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لا يتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة » .

٢٠٩ — (ح) أما العرف الذى يساعد فى تكميل مضمون القاعدة التشريعية المرنة فنوعان : نوع تكون له الأولوية على القاعدة التشريعية لأن الشارع نفسه أعطاه هذه الأولوية . ومثال هذا النوع ما ورد فى المادة ١/٤٥٧ التى تقضى بأن « الثمن يكون مستحق الوفاء فى الوقت الذى يسلم فيه المبيع ، ما لم يوجد اتفاق أو عرف يقضى بغير ذلك » . ومن هذا القبيل المواد ٢٢٦ و ٢٣٢ و ٤٦٣ و ٤٦٤ .

ونوع لا تكون فيه للعرف فاعلية قانونية إلا حيث لا تكون الغلبة للقواعد التشريعية . ومثال هذا النوع ما ورد فى المادة ٤٣٢ التى تنص على أنه « يشمل التسليم ملحقات الشىء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشىء وذلك طبقاً لما تقضى به طبيعة الأشياء وعرف الجهة ... » . ومن نفس القبيل المواد ٤٢٢ و ٢/٤٢٣ و ٤٣٣ و ٣/٧٠٢ و ٢/٨٠٧ و ١٠١٩ .

٢١٠ — العرف المكمل للتشريع *praeter legem* : وهو العرف الذى يلجأ إليه القاضى لتنظيم حالة لم يرد بشأنها نص تشريعى ، وهو لذلك ينفرد وحده بتنظيم هذه الحالة ، وتكون وظيفته هى سد ما يكون من نقص فى التشريع ، وهو على هذا النحو يكون مصدراً للقانون قائماً بذاته ، إذ هو يتكون على أثر فراغ فى التشريع بخصوص مسألة معينه فكان لذلك الوسيلة الأساسية فى خلق قانون جديد . ولقد نصت المادة الثانية من التقنين

المدنى على هذه الوظيفة الهامة للعرف بقولها « إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف .. » .وهذا هو العرف بمعناه الدقيق.

ومن المسائل التى يرجع فى تنظيمها للعرف المكمل : العقود غير المسماة التى غالباً ما تستمد أحكامها من العرف المكمل ، وكذلك بعض الأمور المتعلقة بالشئون المصرفية والبورصات والمسائل البحرية ، وكذلك فى القانون الدستورى ، والقانون الإدارى وفى القانون الدولى العام .

٢١١ — وثمة فروق بين العرف المساعد والعرف المكمل ، نذكر منها ، أن العرف المساعد ، عندما يكمل مضمون نص تشريعى ، قد يختلف حكمه عن حكم النص التشريعى . ولقد رأينا أن المشرع نفسه يعطى الأولوية للقاعدة العرفية على القاعـــدة التشريعية (أنظر رقم ٢٠٩) . أما العرف المكمل ، لفراغ تشريعى ، فلا تتحقق فيه هذه الظاهرة وذلك لأن الفرض أنه ليس ثمة نص تشريعى فى مسألة معينة و بذلك استحال تصور هذه الظاهرة فى العرف المكمل ، فاختلاف حكم قاعدتين يقتضى وجود كل منهما والفرض فى حالة العرف المكمل هو أنه لا يوجد تنظيم تشريعى فى الحالة التى يرجع فى تنظيمها إلى العرف .

وكذلك يختلف العرف المساعد عن العرف المكمل من حيث أساس إلزامية كل منهما ، فالعرف المساعد يستمد إلزاميته من اعتراف التشريع به فليس له إلزامية ذاتية بل يستمد قوته الإلزامية من قوة القاعدة التشريعية التى أحالت عليه . ولهذا لا يعتبر العرف المساعد مصدراً للقانون قائماً بذاته .

بخلاف العرف المكمل فهو ذو إلزامية ذاتية ، فهو إذ يعمل فى مجال لا يوجد فيه تنظيم تشريعى ، إنما ينفرد وحده بتنظيم ذلك المجال . ويقتصر دور القاضى فى تطبيقه للعرف فى هذا المجال على تقرير أنه فى الحالة المعروضة أمامه قد تحقق تكرار مسلك على نحو معين بصدد علاقة أو مصلحة جديرة

بحماية القانون وفقاً للقواعد السائدة وقتئذ فى النظام القانونى الذى يمارس القاضى نشاطه فيه .

وهنا يلفت الفقه النظر إلى حقيقة بارزة وهى أنه فى جميع الدول الحديثة يعتبر العرف (المكمل) أمراً مسلماً على أساس أنه ظاهرة اجتماعية وقانونية تلقائية ، لا يمكن الاستغناء عنها ، يعترف لها بقوة ذاتية دون حاجة إلى استمدادها من اعتراف الدولة بها صراحة أو ضمناً . وعلى هذا النحو يعتبر نشوء العرف إحدى الطرق التى تستطيع بها الجماعة أن تنشىء بطريقة غير محسوسة نظاماً قانونياً .

وعلى ذلك نقول إن المشرع إذ يحرص على أن يكفل الاحترام للعرف فيكلف القاضى بتطبيقه ، عند عدم وجود نص تشريعى ، فيزوده لذلك بنفس القوة التى خلعها على القاعدة التشريعية ليس معناه إنكار نشأة العرف من تلقاء نفسه بل معناه أن المشرع يسلم بأن العرف الذى تكون على أثر وجود فراغ تشريعى ، جدير بنفس الحماية التى أسبغت على القاعدة التشريعية . ومقتضى هذا أن المضمون القانونى لهذا النوع من العرف يتكون ويسرى قبل بل وبدون حصول أى تدخل من جانب السلطات العامة التى وجدته متكوناً بذاته وسارياً من تلقاء نفسه فلم تعطل فاعليته المشروعة ولم تحل دون قوته التكليفية .

ومركز العرف فى هذا الخصوص كمركز قواعد القانون الدولى. فالدولة ، أو القانون الذى تضعه الدولة لا ينكر القانون الدولى أو يتجاهله . إلا عدم إنكار القانون الداخلى لقواعد القانون الدولى لا يعنى أن القانون الدولى يستمد قوته الملزمة من قانون الدولة وإنما معناه أن القانون الدولى هو حقيقة يسلم القانون الداخلى بوجودها دون أن يدعى أنه بتسليمه بوجود القانون الدولى يخلع عليه قوة تنفيذية لا تكون له بدون هذا التسليم .

الفرع الرابع

مدى قدرة القاعدة العرفية على مخالفة قاعدة تشريعية

٢١٢ – لا نعرض هذه المسألة فى حالة العرف المكمل، إذ المعروف أن هذا العرف يعمل فى مجال لا تزاحمه فيه قاعدة تشريعية، وبذلك ينفرد بتنظيم الحالات التى لم يرد فيها نص تشريعى ومن ثم لا يتصور أن تكون هناك مخالفة من جانب هذا النوع من العرف لقاعدة تشريعية غير موجودة .

وإنما تثور هذه المسألة بالنسبة للعرف المساعد. وإنما قبل أن نعرض لهذه المسألة فى مجال العرف المساعد يحسن أن نوضح حقيقة معينة وهى أن إمكان مخالفة العرف هنا لقاعدة تشريعية ليس معناه أنه يمكن أن يكون للعرف قوة إلغاء القاعدة التشريعية، إذ يتعارض هذا مع نص المادة ٢ من التقنين المدنى التى تقول إنه لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق». ولذلك نقول إن ظاهرة العرف المخالف للتشريع والذى تكون له قوة إلغاء التشريع contra legem هى ظاهرة لا وجود لها فى نظامنا القانونى.

٢١٣ – وبذلك يقتصر معنى المسألة على ما يأتى : إلى أى حد يجوز أن توجد إلى جوار القواعد التشريعية قواعد عرفية تنظم مراكز معينة على نحو يختلف عن التنظيم الذى وضعته القواعد التشريعية ؟ للإجابة على هذه المسألة نفرق بين القواعد التشريعية النسبية (أو المكملة) والقواعد المطلقة (أى الآمرة) .

(أ) ففيما يتعلق بالقواعد النسبية أو المكملة رأينا أن الطرفين المتعاقدين يستطيعان الاتفاق على استبعاد هذه القواعد ووضع قواعد أخرى لتنظيم علاقتهما . وإذ كان ذلك جائزاً فإنه يجب أن يجوز كذلك أن ينظم العرف

(المساعد) حالة معينة على نحو يختلف عن التنظيم التشريعى لهذه الحالة . بل لقد رأينا أيضاً أنه فى أحد نوعى العرف المساعد يعطى المشرع نفسه الأولوية للقاعدة العرفية على القاعدة التشريعية (أنظر رقم ٢٠٩) .

(ب) أما فى القواعد التشريعية المطلقة (أو الآمرة) فلا يجوز لقاعدة عرفية أن تخالف القواعد التشريعية الآمرة ، فالعرف المخالف لقواعد تشريعية آمرة لا يمكن أن يتكون وذلك لسبب بسيط هو أن الأعمال التى يتكون منها مثل هذا العرف تكون غير مشروعة وبالتالى باطلة .

٢١٤ — غير أنه يلاحظ أن القاعدة التشريعية الآمرة قد تكون مقصورة على قطاع معين من العلاقات لاتجاوزه إلى قطاع آخر ، وعلى ذلك لا يكون العرف المساعد المخالف للقواعد التشريعية الآمرة المقصورة على هذا القطاع سارياً فى داخل هذا القطاع ، فى حين يجوز لنفس القواعد العرفية أن تعمل فى نطاق آخر لا توجد فيه تلك القواعد التشريعية الآمرة التى تحرمه .

مثال ذلك ما تنص عليه المادة ٢٣٢ من التقنين المدنى إذ تقول «لا يجوز تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز فى أية حال أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال . وذلك كله دون إخلال بالقواعد والعادات التجارية .

يفهم من هذا النص أن هناك قاعدة آمرة تحرم تقاضى فوائد مركبة (أى تقاضى فوائد على متجمد الفوائد) كما تحرم أن يكون مجموع الفوائد التى يتقاضاها الدائن أكثر من رأس المال . إلا أن هذه القاعدة الآمرة قاعدة مقصورة على المعاملات المدنية ، فلا تعمل إلا فى نطاق القانون المدنى أما فى العلاقات التجارية ، حيث لا توجد تلك القاعدة الآمرة ، فيجوز تقاضى الفوائد المركبة كما يجوز أن يكون مجموع الفوائد أكثر من رأس المال . هذه قاعدة عرفية تجارية تعمل بصفة مشروعة فى العلاقات التجارية

ولكنها تعتبر مخالفة لقاعدة مدنية آمرة ولذا لا يجوز الاتفاق عليها فى علاقات القانون المدنى .

المبحث الثالث

مبادىء الشريعة الإسلامية

٢١٥ — تعتبر الشريعة الإسلامية ثالث المصادر التى يرجع إليها للتعرف على القاعدة القانونية التى تطبق على الحالة المعروضة أمام القاضى ، والتى لم يرد بشأنها نص فى التشريع ولم يعثر لها على حل فى العرف (م١/٢) . والشريعة الإسلامية على هذا النحو تعتبر مصدراً احتياطياً . إلا أنها فى وقت مضى كانت تعتبر مصدراً أصلياً ، كان ذلك قبل صدور التقنينات المختلطة والأهلية ، أى قبل ما يسمى بالإصلاح القضائى .

لهذا يحسن قبل أن نتكلم فى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً إحتياطياً للقانون أن نتكلم فيها باعتبارها مصدراً أصلياً . ولما لم تكن الشريعة الإسلامية فى ذلك الوقت هى وحدها التى يرجع إليها فى تنظيم علاقات الناس بل كان يوجد إلى جوارها سائر الشرائع الدينية الأخرى جاز أن نطلق على هذه الشرائع جميعاً كلمة الدين ، لذلك نتكلم أولا فى الدين باعتباره مصدراً للقانون ثم فى الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً احتياطياً للقانون .

الفرع الأول

الدين باعتباره مصدراً للقانون
(الشريعة الإسلامية والشرائع الدينية الأخرى)

مر الدين بمراحل عدة ، باعتباره مصدراً أصلياً للقانون المصرى -

٢١٦ – (ا) فى مرحلة أولى (منذ الفتح الإسلامى إلى ما قبل الإصلاح القضائى الذى بدأ بإنشاء المحاكم المختلطة ثم إنشاء المحاكم الأهلية) كانت الشريعة الإسلامية مصدراً أصلياً ، عاماً يرجع إليه للتعرف على القاعدة القانونية . كانت مصدراً أصلياً بمعنى أنه لم يكن هناك مصدر آخر يرجع إليه قبلها ، بل كانت المصدر الأول والأخير . وكانت مصدراً عاماً بمعنى أن قواعدها كانت تطبق فى الأصل ، على جميع الأشخاص فى كل المسائل ، فيما عدا بعض مسائل الأحوال الشخصية ، كانت الولاية فيه للشرائع الدينية الأخرى ، بناء على سياسة ترك غير المسلمين خاضعين فى مسائل أحوالهم الشخصية للقواعد المقررة فى شرائعهم الدينية .

٢١٧ – (ب) وفى مرحلة ثانية ، أى بعد الإصلاح القضائى وصدور التقنينات المختلطة والأهلية ، أصبحت الشريعة الإسلامية مصدراً أصلياً ، خاصاً ، ذلك أنه لما صدرت تلك التقنينات نظمت علاقات الأفراد القانونية فى جميع المسائل إلا فى مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية. وبذلك أصبح التشريع هو المصدر الأصلى الأول فى جميع المسائل إلا مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية . فلم يبق للشريعة الإسلامية من العلاقات القانونية التى كانت تنظمها قبل صدور هذه التقنينات إلا مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية . وبذلك اقتصرت الشريعة الإسلامية على هذين النوعين فصارت بذلك مصدراً خاصاً أى مقصوراً على حكم هذين النوعين فقط ، ولكنها كانت فى حدود هذين النوعين ، مصدراً أصلياً .

٢١٨ — (١) ففى مسائل الوقف كانت الشريعة الإسلامية هى التى يرجع إليها دون غيرها من الشرائع الدينية الأخرى ، وذلك بالنسبة لجميع الأفراد ، أجانب ومصريين ، مسلمين وغير مسلمين . وتشمل مسائل الوقف المسائل المتعلقة بإنشاء الوقف أو بصحته ، أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله فى مرض الموت .

٢١٩ — (٢) مسائل الأحوال الشخصية : وتشمل هذه المسائل على (ا) المسائل المتعلقة بالحالة والأهلية والولاية على المال ، (ب) والمسائل المتعلقة بالأسرة ، (حـ) ومسائل المواريث والوصايا .

(ا) ففى مسائل الأهلية والولاية على المال كان يرجع فى التعرف على القاعدة القانونية الواجبة التطبيق إلى الشرائع الدينية ، أى إلى الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين وإلى الشرائع الدينية الأخرى بالنسبة إلى غير المسلمين فيخضع كل منهم لقواعد شريعته الدينية التى يعتنقها .

(ب) وفى المسائل المتعلقة بالأسرة (كالزواج ، والطلاق ، والنسب ، والحضانة ، والنفقة ، وحقوق الزوجين) كان يرجع كذلك فى التعرف على القاعدة القانونية إلى الشرائع الدينية ، وهى الشريعة الإسلامية بالنسبة إلى المسلمين ولغير المسلمين الذين اختلفوا فى الدين والملة . أما بالنسبة لغير المسلمين الذين اتحدوا فى الدين والملة فكان يرجع إلى شريعتهم الدينية للتعرف على القاعدة الواجبة التطبيق فى هذه المسائل . ويلاحظ أن خضوع غير المسلمين المتحدين فى الدين والملة إلى شريعتهم الدينية فى هذه المسائل كان ملزما ، فلا يجوز لهم أن يختاروا الاحتكام إلى شريعة أخرى غير شريعتهم التى يدينون بها .

(حـ) وفى مسائل المواريث والوصايا كانت الشريعة الإسلامية هى المصدر الذى يرجع اليه للتعرف على القاعدة القانونية وذلك بالنسبة المصريين كافة

مسلمين وغير مسلمين . إلا أنه كان لغير المسلمين أن يحتكموا فى هذه المسائل إلى شرائعهم الدينية وذلك بشرطين : (أ) أن يكونوا متحدين فى الدين والملة ، (ب) أن يتفق على ذلك ذوو الشأن وهم من يعتبرون ورثة فى نظر الشريعة الإسلامية ، على الخضوع لشريعتهم الدينية .

٢٢٠ — ثم جاءت مرحلة ثالثة ، صدرت فيها تشريعات عدة نظمت كثيراً من المسائل التى كان يرجع فيها إلى الشريعة الإسلامية أو إلى غيرها من الشرائع الدينية الأخرى :

(أ) إذ صدر قانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ بشأن بعض قواعد جزئية تتعلق ببعض مسائل الأحوال الشخصية للمسلمين كالمهر والنسب والحضانة والنفقة والطلاق والتفريق . وبذلك خرجت هذه المسائل من حكم الشريعة الإسلامية وأصبح المرجع فيها إلى التشريع ، فلم تعد الشريعة الإسلامية فى حدود هذه المسائل مصدراً أصلياً بل مصدراً تاريخياً لهذه القواعد ، ومصدراً احتياطياً عند عدم وجود نص فى التشريع بخصوص مسألة من هذه المسائل . وذلك بالنسبة للمسلمين وغير المسلمين المختلفين فى الدين والملة . أما بالنسبة لغير المسلمين المتحدين فى الدين والملة فلا تزال شرائعهم الدينية هى المصدر الأصلى الذى يرجع اليه للتعرف على القواعد القانونية فى تلك المسائل .

(ب) وكذلك صدر القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ المتعلق بالمواريث والقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦ الخاص بالوصية . وبذلك صار التشريع هو المصدر الأصلى الذى يرجع اليه فى التعرف على القواعد التى تحكم مسائل المواريث والوصايا وصارت الشريعة الإسلامية مصدراً تاريخياً ، ومصدراً احتياطياً فيما لم يرد فيه حل تشريعى بالنسبة لهذه المسائل .

(حـ) وكذلك صدر القانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٤٦ بشأن بعض أحكام الوقف . وبذلك أصبح التشريع هو المصدر الرئيسى فى هذه المسائل فصارت

الشريعة الإسلامية مجرد مصدر احتياطى يرجع إليه فيما لم يرد فيه تنظيم فى التشريع فى هذه المسائل .

(د) وكذلك نظم القانون المدنى قواعد الأهلية بالنسبة إلى المصريين جميعهم لا فرق بين مسلم وغير مسلم ، وبذلك أصبح التشريع هو المصدر فى هذه المسائل .

(هـ) ثم صدر المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ الخاص بأحكام الولاية على المال ، فأصبح التشريع هو المصدر فى مسائل الولاية على المال وصارت الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً يرجع إليه حيث يخلو التشريع من حكم من الأحكام فى هذه المسائل .

٢٢١ — ولقد ترتب على صدور هذه القوانين أن صار التشريع هو المصدر الأصلى فيما صدرت هذه القوانين لتنظيمه وانكمش بنفس القدر نطاق الشريعة الإسلامية وغيرها فى الشرائع الدينية باعتبارها مصدراً أصلياً خاصاً ، إذ لقد اقتصرت ولايتها على ما بقى من مسائل الوقف ومسائل الأحوال الشخصية وهو قليل جداً .

الفرع الثانى

مبادىء الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدراً احتياطياً

٢٢٢ — عندما يعرض على القاضى مسألة لا يجد لها حلا فى التشريع أو فى العرف يجب عليه أن يلجأ إلى مبادىء الشريعة الإسلامية يبحث فيها عن حل لتلك المسألة . وذلك وفقا للمادة ٢/١ من التقنين المدنى الحالى .

وهنا ملاحظتان : تتعلق أولاهما بنوع المسألة التى يراد إيجاد حل لها وتتعلق الثانية بنوع المبادىء التى يرجع إليها فى الشريعة الإسلامية .

ففيما يتعلق بنوع المسألة نلاحظ أنها لا تتقيد بنوع معين فهى أى مسألة

لا يوجد لها حل فى التشريع ولا فى العرف ، فيما عدا المسائل التى لا يزال الدين فيها مصدراً أصلياً ، ولذا فإنه فى أى مسألة أخرى عدا هذه المسائل تعتبر مبادىء الشريعة الإسلامية مصدراً احتياطياً عاماً .

أما فيما يتعلق بمبادىء الشريعة الاسلامية التى يرجع إليها عند عدم وجود حل فى التشريع أو العرف فهى المبادىء العامة فى الشريعة الإسلامية دون التقيد بمذهب معين ، بشرط أن لا يؤخذ من هذه المبادىء إلا ما لا يكون متعارضاً مع المبادىء العامة فى التقنين المدنى .

المبحث الرابع

مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة

٢٢٣ — المصدر الاحتياطى الأخير للتعرف على القاعدة التى تحكم العلاقة المعروضة أمام القاضى هو مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة (م١/٢ مدنى) . ومقتضى هذا أنه إذا لم يجد القاضى حلا للمسألة المعروضة عليه لا فى التشريع ولا فى العرف ولا فى مبادىء الشريعة الإسلامية وجب على القاضى أن يرجع إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة ، باعتبارها مصدراً للتعرف على القاعدة الواجبة التطبيق . وهنا ملاحظتان .

الأولى هى أن المشرع يبدو أنه يشايع أنصار القانون الطبيعى فيما يذهبون إليه من أن القانون الوضعى يمثل القانون الطبيعى تمثيلا ناقصاً ولذا فإنه حيث يتخلف القانون الوضعى فى مسألة معينة يجب أن يظهر القانون الطبيعى . ولقد أخذ بهذه الطريقة من قبل ، التقنين النمساوى (١٨١١) . ولقد انتشرت هذه الطريقة على أثر ضعف مركز أنصار الوضعية القانونية مما أتاح لأنصار مذهب القانون الحر (الذين يمثلون مذهب القانون الطبيعى فى صورته الحديثة) أن ينادوا بهذه الطريقة .

الثانية ، هي أن العدالة ، إذ تعتبر في هذه الحالة مصدراً للتعرف على القاعدة القانونية ، تؤدى دوراً يختلف عن الدور الذى تقوم به عادة ، وهو تخفيف شدة القاعدة القانونية المكتوبة ، وهى فى هذه الحالة الأخيرة لا تعتبر مصدراً للقانون بل معياراً للتطبيق (العدالة فى التفسير) ولا يترتب على مخالفتها جواز الطعن بالنقض .

المبحث الخامس

الفقه والقضاء

هل يعتبران من مصادر القانون

٢٢٤ — الفقه Soctrine : يقصد بالفقه الآراء التى يدلى بها شراح القانون فى مؤلفاتهم وأبحاثهم . ولقد اعتبر بعض الشراح (مثل Savigny و Puchta) الفقه مصدر للقانون إلى جانب التشريع والعرف . إلا أن الرأى السائد هو أن الفقه تقتصر مهمته على شرح القانون شرحاً علمياً عن طريق دراسة مختلف نصوصه وإيجاد الصلة التى تربط هذه النصوص بعضها ببعض واستخلاص مبادىء عامة منها وترتيب نتائج عليها . فإذا كشف الفقه فى أثناء عمله هذا عن حقائق جديدة فإنما يوسع مضمون القانون القائم ويرشد إلى ما هو موجود فيه من قبل ، دون أن يخلق قانوناً جديداً . ومن هنا لا يجوز اعتبار الفقه مصدراً للقانون والتفسير الذى يدلى به الفقه فى خصوص قاعدة قانونية لا يكون ملزماً للقاضى ، فما كان لرأى الفقيه مهما بلغت الثقة بصاحب الرأى ، أن تكون له قوة النص التشريعى .

٢٢٥ — على أن هذا لا يمنع من أن القضاء يستعين بالفقه فى معرفة مضمون القواعد القانونية التى يريد تطبيقها على المسألة المعروضة عليه

ولكن لا يجوز له أن ينزل رأى الفقه ولو كان مجمعاً عليه منزلة النص القانونى .

وصحيح أن للفقه أثراً كبير فى تطوير القانون عن طريق نقد النصوص التشريعية القائمة وبيان ما بها من عيوب أو نقص وهو بذلك يهيء الطريق إلى التعديل المستقبل ويعطى الوسائل إلى ذلك ولكنه لا يستطيع أبداً أن يحل محل الشارع فى وضع القواعد القانونية .

٢٢٦ — القضاء jurisprudence : يقصد بالقضاء الحلول التى يعطيها القضاء للمسائل القانونية التى تعرض عليه . ونجد إلحاحاً كبيراً من جانب بعض الشراح فى اعتبار القضاء مصدراً للقانون : فيقولون إن القضاء لا تقتصر وظيفته على تطبيق القانون ، فكثيراً ما يتعين عليه تطبيق نص غامض فيعطيه معنى من عنده . بل قد يغير القاضى النص ليوفق بينه وبين الحاجات الجديدة ، وقد يضطر إلى أن يهمل بعض النصوص التى لم تعد متفقة مع المقتضيات الحالية . ثم إنه قد يكمل نقصاً فى النصوص التشريعية . فى كل هذه الأحوال يخلق القاضى القانون من أجل الحالة المعروضة عليه . ليس هذا فحسب بل قد تضطرد أحكام المحاكم فى مسألة معينة على حل واحد فتنشأ قواعد مجردة تكون لها قوة ملزمة فى التطبيق . ولذلك قالوا إن القضاء هو القانون الحى التى ينبثق من الحياة العملية ويولد فى حلبة الصراع الذى ينشب بين المصالح المختلفة ،.هو القانون الذى صقلته التجارب ، وهو فى هذا يقارب العرف إذ ينشأ مثلة بطيئاً . بل لقد ذهب بعض الشراح إلى اعتباره قانوناً عرفياً بل قال آخرون إن الصورة المثلى للقانون العرفى هو القانون الذى ينشأ من العرف القضائى .

٢٢٧ — إلا أن الرأى الغالب لايسلم اعتبار القضاء مصدراً للقانون . ويحتجون لذلك بحجج كثيرة منها :

١ — أن مقتضى مبدأ الفصل بين السلطات أن يقتصر دور القضاء على تطبيق القانون وتفسيره . أما إنشاء القانون فن وظيفة السلطة التشريعية وحدها . ولذا لم يجز للقضاء أن يصدر أحكاماً ذات طابع عام تضع بالنسبة للمستقبل الطريقة التى تحل بها مسألة معينة . ومن هنا كانت أحكام القضاء ذات طابع نسبي ، بمعنى أنها لا تكون ملزمة إلا للطرفين اللذين صدر الحكم فى مواجهتهما، فلاتلزم القاضى الذى أصدر الحكم . فلو عرضت فى المستقبل على نفس القاضى قضية أخرى مشابهة للقضية التى فصل فيها على نحو معين ولو بين نفس الطرفين فقد يحكم القاضى بنفس الطريقة التى حكم بها من قبل ولكن دون أن يكون ملزماً بذلك . بل إن التفسير التى تعطيه محكمة أعلى أو محكمة النقض ذاتها لقاعدة من القواعد لا يلزم القضاء الأدنى . وفى حالة واحدة فقط يكون حكم محكمة النقض مقيداً للمحكمة الأدنى وذلك عندما تنقض محكمة النقض الحكم المطعون فيه وتحيل القضية إلى المحكمة التى أصدرت الحكم لتحكم فيها من جديد بناء على طلب الخصوم إذ يجب على المحكمة التى أحيلت إليها القضية أن تتبع حكم محكمة النقض فى المسألة القانونية التى فصلت فيها هذه المحكمة (م ٢٣ من القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ فى شأن حالات وإجراءات الطعن أمام النقض) . وحتى فى هذه الحالة يكون التزام محكمة الموضوع التى أحيلت عليها القضية بأن تأخذ بالمبدأ القانونى الذى قررته محكمة النقض مقصوراً فقط على تلك القضية .

٢ — أن القضاء ليس قاعدة قانونية عرفية ، فليس مصدره الجماعة بل أشخاص يتسمون بطابع فنى معين ، كما أنه لا يقوم على عنصر المدة ، أذ الحكم الواحد يصلح لأن يكون قضاء ، ثم إن الحكم ينقصه طابع الإلزام بالنسبة لمن أصدره ، إذ لا يتقيد القاضى بأن يحكم فى القضية المعروضة أمامه على نحو ما حكم به فى قضية سابقة مشابهة . فتحول القضاء جائز دائماً وهو أمر غير نادر فكثيراً ما يتحول عن أحكامه فى مسألة معينة عندما يتبين له عدم اتفاقها مع روح القانون .

٣ — أن القاضي إذا كان في تفسيره لنصوص [illegible]امضة ، أو في سده نقصاً في التشريع ، أو في حكمه في مسائل جديدة ، يوسع في مضمون النص التشريعي أو ينمي فيه ويخلق بذلك قاعدة جديدة فلا تعتبر هذه القاعدة قاعدة قانونية إلا بالمعنى الموضوعي دون المعنى الشكلي لأن هذه القاعدة ستكون مقصورة على الحالة التي صدر فيها الحكم ولا تعتبر حلا يسري في المستقبل بالنسبة لجميع الأحوال المشابهة . وبهذا ينقص تلك القاعدة صفة العمومية التي هي من سمات القاعدة القانونية التشريعية .

٢٢٨ — حاصل القول أن القضاء لا يعتبر مصدراً للقانون في البلاد التي تضطلع فيها الدولة بمهمة التشريع . وهذا على خلاف ما كان الحال عليه في الماضي ، وفي انجلترا وبعض الولايات الأمريكية في الوقت الحاضر : ففي روما كان للقاضي سلطة تزيد على مجرد تطبيق القانون ، وهي إنشاء القانون وبذلك كان القضاء مصدراً للقانون . غاية الأمر أن القاضي بدلا من أن يضع قواعد مجردة ويطبقها في كل مرة ، نكا يستخلص من تطبيقه المستمر في الحالات الفردية قاعدة عامة . وهذا ما كان يصنعه البريتور الروماني .

وفي الوقت الحاضر في القانون الإنجليزي والأمريكي يعتبر الحكم الصادر في مسألة معينة قانوناً بالنسبة للقاضي الذي يكون من نفس درجة من أصدر الحكم أو من درجة أدنى . ففي النظام الإنجليزي تتكون مصادر القانون من العرف (وهو ما يسمى Common Law) والتشريعات (Statute Law) والسوابق القضائية ولهذا يسمى مثل هذا النظام judge-made law .

الفصل الرابع

تطبيق القانون

٢٢٩ — وظائف القاضى : يوضع القانون فى صورة تكاليف عامة ومجردة ، يخصصها القاضى عن طريق تطبيقها على الحالات المعينة التى تعرض أمامه ، وبهذا يحول القاضى التنظيم النموذجى الذى وضعه الشارع الى تنظيم واقعى محدد بتطبيقه على علاقات الأفراد ، هذه هى وظيفة القاضى ، أى تطبيق القانون لا خلق القانون . وهو فى عمله هذا يقوم بعمليات ثلاث : (١) التعرف على الواقعة محل النزاع ، (٢) تحديد القاعدة القانونية التى تنطبق على تلك الواقعة ، (٣) النطق بالنتيجة القانونية التى تنشأ من تطبيق القاعدة القانونية على الواقعة محل النزاع [١] .

٢٣٠ — ويختلف مركز القاضى فى العملية الأولى عنه فى العملية الثانية : فهو فى العملية الأولى يتخذ موقفاً سلبياً ، ذلك أن إثبات الوقائع التى يستند إليها المتقاضون إنما يقع عبؤه على المتقاضين أنفسهم . أما العملية الثانية فهى من صميم عمله ، فالمفروض فى القاضى أنه يعرف القانون iura novit curia ولهذا كان موقفه فيها إيجابياً : فعليه فى كل ما يعرض عليه من منازعات أن يجد القاعدة أو مجموعة القواعد التى تنطبق على الواقعة المراد الفصل فيها ولذا لا يجوز له أن يطلب إلى المتقاضين القيام بمهمة البحث

---

(١) ولقد قيل إن حكم القاضى هو قياس منطقى مقدمته الكبرى هى النص التشريعى ، ومقدمته الصغرى هى الواقعة محل النزاع ، ونتيجته هى الحكم الذى يصدره القاضى . وهذا إن صح لا يجوز أن يظن أن نشاط القاضى ينحصر فى مجرد عملية منطقية ، ذلك أنه يدخل فى تطبيق القانون عوامل نفسية وتقدير لمصالح الطرفين وتحديد معنى القانون .

عن القاعدة القانونية [1] . هذه هى العملية الرئيسية التى يضطلع بها القاضى وهى تقتضيه أن يتحرى مسائل ثلاث الأولى هى التثبت من وجود القانون الثانية : هى تحديد معنى القاعدة القانونية عندما يثبت من وجودها ، الثالثة تحرى ما إذا كانت هذه القاعدة تنطبق على الواقعة التى يدعيها أطراف النزاع

المبحث الأول

التثبت من وجود القاعده القانونية

٢٣١ – لكى يستطيع القاضى تطبيق القانون يجب عليه أن يتأكد من حقيقة وجوده . وهذه مسألة سهلة فى العصر الحديث حيث القوانين مكتوبة ومنشورة فى وثائق رسمية . والنص الرسمى للقانون هو الذى نشر فى الجريدة الرسمية .

فإذا ثبت لدى القاضى وجود القانون فإنه يراقبه من الناحيتين الشكلية والموضوعية .

٢٣٢ – **الرقابة على القانون من الناحية الشكلية** : تعتبر القاعدة موجودة من الناحية الشكلية إذا كانت قد مرت بالمراحل التى يجب أن تمر بها قبل أن تصير ملزمة ، (من إقرار وإصدار ونشر ، ومدة تنقضى قبل بدء سريان التشريع إن كانت هناك مدة) . وعلى ذلك يجب على القاضى أن يمتنع عن تطبيق القواعد التى لايتوافر فيها هذا الطابع الشكلى ، إما لعدم توافر الشروط والإجراءات الدستورية التى يجب توافرها لنشوء القاعدة القانونية ، وإما لعدم اختصاص السلطة التى أصدرتها وإما لأن هذه القاعدة قد فقدت فاعليتها بإلغائها من جانب السلطة التى أصدرتها .

---

(١) الا بالنسبة للقانون الأجنبي ، إذ يجوز للقاضى ، على بعض الأقوال ، أن يطلب إلى المتقاضين إثباته ، وفى هذه المسألة كلام كثير ليس هنا مكان الإفاضة فيه . وكذا القول بالنسبة إلى العرف ، لا سيما إذا كان محلياً ، إذ يجوز للقاضى أن يطلب الى المتقاضين إثبات مايتمسكون به من عرف فى شأن الوقائع التى يقيمون عليها ادعاءهم أو دفاعهم .

ويصدق هذا النوع من الرقابة القضائية على كل قاعدة قانونية ، سواء أكان مصدرها التشريع العادى أو التشريع الفرعى . وكذلك يكون للقضاء فى حالة التفويض التشريعى أن يمتنع عن تطبيق القواعد التى تصدرها السلطة التنفيذية إذ جاوزت هذه السلطة حدود التفويض المخول لها .

على أنه يجب أن تقتصر الرقابة القضائية على مجرد التأكد من الوجود الخارجى لعناصر القانون ، كإقرار السلطة التشريعية والإصدار والنشر . ولكن ليس لها أن تدخل الى الدهليز الداخلى لتكوين التشريع فتصل فى بحثها إلى حد تحرى مدى احترام الاجراءات التى تتبعها السلطة التشريعية ، وتراقب المناقشات والتصويت والعدد القانونى ، إلى غير ذلك مما يتعلق بالسير الداخلى للمجلس ، فهذه أمور داخلية ذات طابع قائم بذاته تكون بمنأى عن بحث السلطة القضائية . وعلى ذلك يجب أن تقف الرقابة القضائية عند نتيجة الإقرار دون أن تمد نظرها إلى الاجراءات التى انتهت إلى تلك النتيجة .

٢٣٣ — الرقابة على القانون من الناحية الموضوعية : معنى هذه الرقابة أن يكون للقاضى أن يتثبت من عدم مخالفة قاعدة قانونية لقاعدة قانونية أعلى منها . فقد تكون القاعده القانونية سليمة من الناحية الشكلية ولكنها غير سليمة من الناحية الموضوعية، وذلك عندما تكون مخالفة لقاعدة أعلى منها ، كأن تكون قاعدة لائحية مخالفة لقاعدة تشريعية أو لقاعدة دستورية ، أو تكون قاعدة تشريعية مخالفة لقاعدة دستورية . فهل يجوز للقاضى أن يراقب قانونية اللائحة ودستوريتها ، فيكون له أن يمتنع عن تطبيقها اذا وجدها مخالفة للقانون (عدم قانونية اللائحة) أو وجدها مخالفة للدستور (عدم دستورية اللائحة) ؟ تلك مسألة أولى . وهل يجوز للقاضى أن يراقب دستورية قاعدة تشريعية فيكون له أن يمتنع عن تطبيقها لمخالفتها للدستور

(عدم دستورية القانون) ؟ تلك مسألة ثانية . و نتكلم فى المسألتين تباعاً .

٢٣٤ — (١) الرقابة القضائية على قانونية اللوائح وعلى دستوريتها :
لم يثر خلاف بصدد هذه المسألة ، فالمسلم أن للقاضى أن يتثبت من موافقة اللائحة للتشريع و للدستور . و يختلف مدى فاعلية هذه الرقابة فى المحاكم العادية عنها فى محكمة القضاء الإدارى . ففى المحاكم العادية تقتصر فاعلية الرقابة على مجرد الامتناع عن تطبيق اللائحة التى يثبت لها مخالفتها للقانون أو الدستور ، فلا يجوز لها أن تلغيها . أما محكمة القضاء الإدارى فيجوز لها إلى جانب الامتناع عن تطبيق اللائحة التى تكون مخالفة للقانون أو للدستور أن تحكم بإلغائها (محكمة القضاء الإدارى ٥ فبراير ١٩٥٢ المحاماة س ٣٣ عدد ٧ رقم ٤٦٢ ص ١٠٥٩) .

٢٣٥ — (٢) الرقابة القضائية على دستورية القوانين [1] : ثار الخلاف فى هل يجوز للقاضى ، عندما يدفع أمامه بعدم دستورية قانون ، أن ينظر فى هذا الدفع و أن يمتنع عن تطبيق ذلك القانون إن تبين له عدم دستوريته . فذهب بعض الشراح إلى عدم جواز ذلك للقاضى . و احتجوا لذلك بأن مراقبة القضاء دستورية القوانين يعتبر من قبيل تدخل السلطة القضائية فى شئون السلطة التشريعية . و هذا غير جائز لمخالفته لمبدأ الفصل بين السلطات . فى حين يعطى فريق آخر من الشراح أن للقاضى الحق فى مراقبة دستورية القانون المطلوب إليه تطبيقه ، بحجة أن مبدأ الفصل بين السلطات نفسه لا يجيز للسلطة التشريعية أن تضطر السلطة القضائية أن ترجح قانوناً عادياً على قانون أساسى هو الدستور عند مخالفة ذلك القانون العادى لمقتضى قواعد الدستور . و يرون أن التطبيق السليم لمبدأ الفصل بين السلطات هو أن يجوز للقاضى أن يمتنع عن تطبيق القانون المخالف للدستور ، على أن

(١) انظر فى هذا الموضوع ، دكتور حسن كيره ، أصول القانون ص ٣٠٠ رقم ١٤٤ .

تقتصر الرقابة عند هذا الحد السلبي فلا يكون للقاضي أن يلغى مثل هذا القانون وإلا كان فى ذلك اعتداء على مبدأ الفصل بين السلطات الذى يقتضى أن السلطة التى أصدرت القانون هى وحدها التى تستطيع إلغاءه . والاتجاه فى أغلب الدول فى العصر الحديث هو إلى تقرير الرقابة القضائية على دستورية القوانين ، أما فى مصر فالمسألة مختلف عليها فى القضاء العادى وإن كان هذا القضاء فى أغلبه يميل إلى إنكار الرقابة القضائية على دستورية القوانين بخلاف محكمة القضاء الإدارى التى أعطت لنفسها حق النظر فى دستورية القوانين عندما دفع أمامها بمخالفة القانون للدستور .

المبحث الثانى

تحديد معنى القواعد القانونية

٢٣٦ — العمل الرئيسى الذى يقوم به القاضى فى تطبيق القاعدة القانونية هو تفسير تلك القاعدة . ذلك أن نصوص التشريع هى مجموعة من عبارات مكتوبة يقصد بها التعبير عن الإرادة التشريعية . وقد يكون بهذه العبارات غموض ، وعندئذ يتعين إزالته حتى يمكن التعرف على الإرادة التشريعية من خلال عبارات التشريع . ففهم التشريع لا يقتصر على إدراك المعنى الظاهر المباشر الذى يخلص من ألفاظه بل يقتضى كذلك تحرى القصد التشريعى والنزول من ظاهر النصوص إلى أعماقها للتعرف على فحواها الحقيق . فواجب المفسر هو كشف الفحوى الحقيق للقاعدة القانونية محاولا الوصول إلى روح التشريع حتى يقف على مختلف العناصر التى يتألف منها القصد التشريعى .

ثم قد يكون هناك نقص فى التشريع ، وعندئذ يقوم القاضى بسد هذا النقص ويسمى عمله هذا بالتكميل . لهذا نتكلم أولا فى التفسير ثم فى

التكميل ثم فى المذاهب المختلفة فى التفسير وموقف القــانون المدنى المصرى منها .

الفـرع الأول

التفسير

٢٣٧ — التفسير هو تلك العملية الذهنية التى يقصد بها تحديد معنى القاعدة القانونية ومداها .

والتفسير من أصعب وأدق العمليات التى يضطلع بها الفقيه أو القاضى إذ يتطلب التفسير مهارة وحذقاً وتجربة وسيطرة ، لا على المادة الوضعية فى تشريع معين فحسب ، بل على روح ذلك التشريع أيضاً ، كل هذا بشرطين : شرط تفادى مبالغة من يضطره الخوف وعدم الدربة إلى التشدد فى التزام النص حتى لا يضل الطريق ، وشرط البعد عن خطر أكبر هو تحمس المفسر لفكرة معينة يتصور وجودها فى التشريع وهى فى الحقيقة من خلق تأملاته النظرية واتجاهاته الوجدانية . فالتفسير يجب أن يكون موضوعياً مجرداً من العواطف ، متزناً ، حاصلا دائماً فى ضوء الاحترام الواجب للتشريع .

المطلب الأول

أنواع التفسير

٢٣٨ — ينقسم التفسير بحسب الهيئة التى تقوم به إلى ثلاثة أنواع : تفسير فقهى ، وتفسير قضائى وتفسير تشريعى .

١ — التفسير الفقهى : وهو التفسير الذى يقوم به الفقهاء فى مؤلفاتهم وأبحاثهم أو فتاواهم ، وهو على جانب كبير من الأهمية النظرية ، إذ يتميز هذا النوع من التفسير ، بالمنطق الدقيق والتدليل المرهف والحجج البالغة

والأقيسة المحكمة والأبحاث التاريخية المستفيضة . وإذ يكون هذا التفسير بعيداً عن الغايات والأهواء فإنه يتسم بالصفاء والتجريد . إلا أن هذا التفسير ليس له فى نظامنا القانونى أى قوة ملزمة للقاضى مهما بلغت الثقة بصاحب هذا التفسير وأياً كانت شهرته العلمية .

٢ — التفسير القضائى : وهو التفسير الذى يقوم به القضاة بناء على وظيفتهم التى تقتضيهم تفسير القواعد القانونية قبل تطبيقها على الحالات المراد الفصل فيها . وهذا التفسير يكون ملزماً للطرفين فى النزاع الذى حصل التفسير القضائى بصدده ، بناء على حجية الأمر المحكوم فيه التى تثبت للحكم فلا يجوز للطرفين أن يرفعا الدعوى مرة ثانية لنفس السبب ولنفس الموضوع . ولكن لا تتجاوز قوة هذا التفسير الإلزامية الحدود الشخصية والموضوعية لحجية الأمر المحكوم فيه ، إذ يجوز لمحكمة أخرى أن تعطى تفسيراً لنفس القاعدة مخالفاً للتفسير الذى أعطته المحكمة الأولى بل يجوز لنفس المحكمة التى فسرت القاعدة القانونية على نحو معين أن تفسرها على نحو آخر فى قضية أخرى . ثم إن التفسير الذى تجريه محكمة لا يقيد محكمة أخرى ولو كانت أدنى درجة .

٢٣٩ — ٣ — التفسير التشريعى أو الرسمى : وهو التفسير الذى يصدره المشرع ذاته ، ويحصل بمقتضى تشريع يسمى التشريع المفسر . وهو التشريع الذى يقصد به بيان معنى تشريع قائم ليحصل تطبيقه بالطريقة التى أرادها ذلك التشريع المفسر . فالمشرع هنا يعبر بصورة رسمية عن المعنى الذى يجب أن يعطى لتشريع قائم ، وهو يستطيع ذلك لأنه هو نفسه الذى أصدر التشريع الذى يراد تفسيره .

ويسرى التشريع المفسر فور العمل به ، حتى على العلاقات السابقة ، والتى لا تزال المحاكم بصدد الفصل فيها ، ولا ينجو من طائلته إلا العلاقات التى يكون قد فصل فيها بأحكام حازت قوة الأمر المقضى ، وهى الأحكام

التى استنفدت طرق الطعن التى كانت تقف تنفيذها كالمعارضة والاستئناف أو التى فاتت مواعيد الطعن فيها بإحدى هذه الوسائل .

٢٤٠ — وفيما مضى كانت توجد فى بعض الدول جمعية تشريعية دائمة مهمتها تلقى ما ترسله إليها المحاكم من استفسارات ، وإبداء الرأى فيها بصفة ملزمة . وأقرب مثال لذلك فى الوقت الحاضر هو اللجنة العليا للاصلاح الزراعى التى أنشئت للإشراف على عمليات الاستيلاء والتوزيع المترتبة على تطبيق أحكام المرسوم بقانون رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ ، إذ أعطيت هذه اللجنة سلطة تفسير أحكام هذا القانون واعتبرت قراراتها فى هذا الشأن تفسيراً تشريعياً ملزماً ينشر فى الجريدة الرسمية(١) .

المطلب الثانى

موضوع التفسير

٢٤١ — موضوع التفسير هو إرادة التشريع لا إرادة المشرع: الرأى السائد فيما مضى كان يذهب إلى أن موضوع التفسير هو إرادة المشرع ، وأن من واجب المفسر البحث عن هذه الإرادة . ولذا كانت الأعمال التحضيرية من الأهمية إلى حد أنها كانت تعتبر من مصادر التفسير الرسمية .

أما فى الوقت الحاضر فقد لوحظ أنه لا وجود فى النظم الدستورية الحديثة لما يسمى بالمشرع الذى يراد التعرف على إرادته والبحث عن نيته ، وأن التشريع يشترك فى وضعه عدد كبير من الأشخاص تختلف آراؤهم وميولهم واتجاهاتهم، الأمر الذى يصعب معه اعتبار التشريع نتيجة إرادة جماعية وأنه توجد نية حقيقية للمشرع يتعين البحث عنها . فالمشرع ليس إلا مجرد تصوير ذهنى .

---

(١) حسن كيرة ، أصول القانون ، المرجع السابق ص ٥١٤ .

ولذا اتجه الرأى الحديث إلى النظر إلى التشريع نظرة موضوعية، بحيث يجرى تفسيره فى ذاته، على اعتبار أنه ينطوى على إرادة ذاتية خاصة به، وأن التفسير لا يجب أن يكون استقصاء المعنى التاريخى الذى أعطاه المشرع القاعدة، بل يجب أن يكون استجلاء للمعنى الحالى الذى يعيش فى القاعدة. وهذا ما يعبر عنه الرأى الحديث فى أسلوب استعارى بالإرادة التشريعية. إلا أن هذا لا يعنى أن للتشريع إرادة بالمعنى النفسانى بل يعنى فقط أن التشريع يشتمل على «مقصود» مستقل عن نية واضعيه، فيأخذ معنى ذاتياً، يستمد من ربط النصوص بعضها ببعض أو من النظر إلى الهدف الذى يراد تحقيقه. ولذا يضع المفسر نصب عينيه هدف التشريع، الغاية العملية التى يراد من التشريع أن يحققها، فالمقصود من التشريع هو تنظيم علاقات معينة ابتغاء إشباع حاجات معينة. ومن ثم يجب أن يحمل تفسير التشريع على المعنى الذى يحقق تلك الغاية ولكن فى حدود القانون. ومن هنا كانت صعوبة التفسير. وليس التفسير مجرد فن من فنون النحو والصرف، ولا ساحة تجرى فيها التمرينات المنطقية، بل هو علم الحياة.

ويتفرع على الطابع الموضوعى لمعنى التشريع أن يكون من الممكن أن يتخذ قيمة تختلف عن قيمته الأولى التى خلعها عليه واضعوه وأن ينتج نتائج وآثاراً لم تكن منتظرة ولم يكن من الممكن توقعها وقت وضع التشريع وأن تكسب القاعدة القانونية مع الزمن مجالا تطبيقياً أوسع يمتد إلى علاقات تختلف عن العلاقات التى كانت مقصودة فى الأصل.

المطلب الثالث

طرق التفسير

٢٤٣ — ثمة وسائل متعددة تستخدم لإمكان فهم التشريع. والأصل أن يكون هدف التفسير هو تكوين القصد التشريعى من خلال عبارات التشريع

(التفسير اللفظى) . وهذه هى أولى درجات عملية التفسير . وكذلك يمكن استخلاص الارادة التشريعية عن طريق التفسير المنطق ومؤداه الاستعانة بعوامل عقلية و تاريخية واجتماعية يكون من شأنها القاء الضوء على مضمون القاعدة . على أنه ينبغى أن يلاحظ أن التفسير اللفظى والتفسير المنطق ليسا عمليتين تستقل إحداهما عن الأخرى بل هما عملية واحدة لا تقبل الانقسام .

٢٤٣ — ١ — التفسير اللفظى : وهو أول مراحل التفسير . ذلك أن النص التشريعى يكون فى الواقع الأساس الذى يجب أن يبدأ منه المفسر والذى يجب أن يرتكز عليه . لقد ورد التشريع فى عبارات ، ولذا وجب منذ البداية استخلاص المعنى اللفظى لهذه العبارات . والأصل أن الألفاظ يجب أن تفهم وفقاً لمعناها الدارج ، إلا إذا كان لها معنى فنى خاص لا يطابق معناها الدارج ، مثل عبارة وضع اليد ، الانتفاع ، حسن النية ، التأمين ، القوة القاهرة ، الخ . وفى هذه الحالة يجب أن تفهم هذه العبارات وفقاً لمعناها الفنى ، إذ المفروض أن الشارع عندما يستعمل ألفاظاً معينة إنما يستعملها فى معناها الخاص لا فى معناها الدارج . ثم إنه من الواجب أن تفهم عبارات التشريع فى مجموعها فلا تفهم كل منها على حدة ، أى أن الإرادة التشريعية يجب أن تستخلص من مجموع عبارات النص لا من بعض عباراته دون بعض .

وإذا كانت العبارات المستعملة غامضة أو غير محددة ، أو كانت النتائج التى تستخلص من عبارات النص متعارضة ، فعندئذ لا يجدى التفسير اللفظى ويجب الالتجاء إلى التفسير المنطق .

بل قد يكون المعنى واضحاً ومع ذلك لا يكون من المؤكد أن هذا المعنى يطابق تمام المطابقة الإرادة التشريعية : فقد تكون العبارات معيبة أو ناقصة ولا تدل على مضمون القاعدة كله ، أو تكون عامة جداً بحيث تفهم

القاعدة منها على نحو أوسع مما ينبغى . وأخيراً لا يبعد أن توجد عبارات خاطئة تزيف الإرادة التشريعية . عندئذ يتعين الالتجاء إلى التفسير المنطقى لمساعدة التفسير اللفظى وتكميله ومراقبته .

٢٤٤ — ٢ — التفسير المنطقى : ويعمل هذا التفسير على مستوى أعلى ، ويستخدم طرق بحث أدق ، إذ يرتفع إلى روح النص مستخلصاً إياه من العوامل العقلية التى كانت وحيه ، ومن الأصول التاريخية التى تصل ما بين النص وبين التشريعات السابقة ، ومن الرابطة التى تربط النص بسائر النصوص ، ومن العوامل الاجتماعية .

٢٤٥— (ا) العامل العقلى : لكل نص هدف يسعى إلى الوصول إليه ، يعتبر الحكمة من وضعه ratio iuris . وفى ضوء الحكمة من النص يمكن فهمه فهماً حقيقياً ، ولذا يجب أن يفهم النص على المعنى الذى يجب أن يكون أكثر تحقيقاً للحكمة منه. فالنص ينزل من حكمته التشريعية منزلة الوسيلة من الغاية : فمن يريد الغاية يجب أن يريد الوسيلة المفضية إلى تلك الغاية . ولكى نقدر الغاية العملية من القاعدة يجب أن نستلهم علاقات الحياة التى أنشئت القاعدة لاشباعها . فيجب أن نبدأ من فكرة معينة هى أن القانون يريد أن يشبع المطالب الاقتصادية والاجتماعية الناشئة من تلك العلاقات . لذا يجب دراسة هذه المطالب دراسة دقيقة عميقة . فالتفسير ليس مجرد فن لغوى وإنما هو يتحسس مطالب الحياة العملية والحقائق الاجتماعية .

٢٤٦ — وهناك فرق بين الحكمة التشريعية ، التى هى أساس القاعدة العقلى الموضوعى ، وبين المناسبة التشريعية occasio legis ، وهى الظرف التاريخى الذى وضعت فيه القاعدة . فالقانون المقيد لحرية الاجتماع قد يصدر بمناسبة عصيان أو اضطراب داخلى . هذه الظروف تتكون منها

المناسبة التشريعية ، فى حين أن الأساس العقلى يتكون من الهدف من هذا التقييد ، ومع ذلك فالمناسبة التى أدت إلى نشوء تشريع ما يمكن أن تستخدم فى تحديد هدف ذلك التشريع . مع هذه الملاحظة وهى أن زوال الظروف التى أدت إلى وضع هذا التشريع ليس له أثر البتة على قيمته القانونية .

٢٤٧ — وقد تتغير الحكمة التشريعية مع الزمن . فالمفسر الذى يبحث قاعدة وضعت منـــذ زمن بعيد لا يتعين عليه أن يبحث عن السبب الذى دفع المشرع وقتئذ إلى وضع تلك القاعدة بل يجب أن يبحث عن أساسها العقلى فى الوقت الذى يفسرها فيه فقد يحدث أن قاعدة وضعت من أجل غاية معينة تستهدف بعد ذلك تحقيق غاية أخرى . إن الحكمة التشريعية هى القوة الحية المتحركة التى تبعث فى النص الحياة مادام النص قائماً ، وبذلك يستطيع النص أن يكسب مع الزمن معنى جديداً أو ينطبق على حالات جديدة . هذا المبدأ هو أساس مايسمى بالتفسير المتطور .

٢٤٨ — (ب) العامل التاريخى . لايكفى للتعرف على الإرادة التشريعية أن يبحث المفسر عن الحكمة التشريعية ، أو عن المناسبة التشريعية ، بل يجب أن يمضى المفسر ببحثه إلى أبعد من ذلك ، فيدرس القاعدة من حيث أصولها التاريخية ، إذ مما يساعد كثيراً على فهم النص فهماً كاملا تعقب أصله التاريخى وتتبع نموه وتطوره حتى تصل إلى وضعه النهائى الذى اتخذه فى الوقت الذى يجرى فيه تفسيره . ورب عبارات وقواعد لا يعين التفسير المنطقى وحده على فهمها تجد مفتاح حلها فى أصلها التاريخى .

والأصول التاريخية للنصوص ، منها ما هو بعيد ، ومثالها القوانين التى استقى المشرع منها أحكامه : فالقانون الرومانى يعتبر أصلا تاريخياً لكثير من التقنينات الأجنبية الحالية كالتقنين الفرنسى والألمانى والإيطالى . وهو يعتبر كذلك أصلا تاريخياً لتقنيناتنا فى حدود تأثرها بالتقنينات التى تأثرت بذلك القانون .

ومن الأصول التاريخية ما يكون قريباً ومباشراً . ومثالها التقنينات الملغاة ، والشريعة الإسلامية بالنسبة لتقنينات الأحوال الشخصية ، والأعمال التحضيرية وهى مجموعة الأعمال التى سبقت وعاصرت إقرار مشروعات القوانين ، وهى تتضمن مناقشات اللجان والتقارير والأبحاث التى حصلت بمناسبة وضع التشريع . ولقد اختلف الفقه فى مدى قيمة الأعمال التحضيرية فى تفسير التشريع : فذهب رأى قديم إلى أن الأعمال التحضيرية تكون لها قيمة التفسير الرسمى . ويعد هذا الرأى مهجوراً الآن . أما الرأى الحديث فيعتبر هذه الأعمال مجرد وسيلة مساعدة للتعرف على الإرادة التشريعية دون أن يكون المفسر ملزماً بالإلتجاء اليها أو الاعتماد عليها فى تأليف عناصر هذه الإرادة . ويحتج أنصار هذا الرأى بحجج ذات طابع فقهى وأخرى ذات طابع عملى . وحاصل الحجج الفقهية هو أن إعطاء الأعمال التحضيرية فى التفسير قوة رسمية إنما نشأ من فكرة سابقة خاطئة وهى أن التشريع يرتبط على سبيل الدوام بإرادة واضعية الشخصية. فى حين أن الرأى السائد الآن هو أنه متى وجد التشريع أصبحت له حياة مستقلة به إذ ينفصل عن إرادة واضعية النفسية إلى حد أنه يحتفظ بفاعليته دون توقف على تلك الإرادة . ولهذا فان معناه ليس هو المعنى الذى أراده له واضعوه بل المعنى الموضوعى الذى يخلص من نصوصة ومن مبادىء مجموع النظام القانونى الذى صار التشريع جزءاً منه .

أما الحجج العملية فحاصلها أنه ليس صحيحاً ما يعتقده الناس عادة فى أنه عند صعوبة التفسير تكون الأعمال التحضيرية عنصر يقين أساسى . فلقد دلت التجارب على أن غموض بعض النصوص يقابله عادة فى عبارات القائمين بالتشريع غموض أعمق مما فى النصوص إلى حد أنها تكون هى الأخرى فى حاجة إلى تفسير . ثم إن ما يرد فى الأعمال التحضيرية يمثل وجهات نظر فردية وخليطاً من نظريات متعارضة .

لهذا يخلص الاتجاه الحديث فى الفقه إلى أن قصارى مايكون للأعمال

التحضيرية من قيمة هو أن تكون مجرد دليل على إرادة تشريعية معينة ، لايؤخذ فى الاعتبار إلا بحذر واحتياط . فاذا تعارضت الإرادة التشريعية الموضوعية مع ما ورد فى الأعمال التحضيرية أخذ بالارادة التشريعية . أما إذا جاء النص موافقاً لما ورد فى هذه الأعمال فلا جناح فى اعتبارها أساساً يؤخذ فى الاعتبار عند التفسير .

٢٤٩ — (ح) العامل الاجتماعى : تتغير الحياة الاجتماعية وتتطور باستمرار تحت تأثير عوامل عدة كالشعور الأخلاقى ، والتكوين السياسى والوعى القانونى بصفة عامة . هذه العوامل الاجتماعية يجب أن تؤخذ فى الاعتبار ، لما أنها — فوق دلالتها على الاتجاهات والميول الانتقالية لروح الجماعة — تدل على تغير الأفكار . والواقع أن التشريع هو فكر الحاضر وإرادته وليس فكر الماضى وإرادته، إنه يعيش باعتباره كائناً عضوياً يملك التطور بقوته الذاتية عندما تتطور علاقات الحياة التى خلق لتنظيمها .

وإذا توصل المفسر ، بفضل العوامل السابقة (اللفظى والمنطقى والتاريخى) إلى تكوين الإرادة التشريعية تكويناً كاملا انفتح أمامه مجال بحث آخر لا يحل له أن يتجاهله وإلا كان متجاهلا مهمته . فيجب على المفسر أن يعتد بالشعور العام والاتجاه الاجتماعى الحديث ابتغاء التخفيف من القاعدة القانونية ، وذلك بحملها على المعنى الذى يكون أكثر استجابة للحاجات الجديدة والاتجاهات التى تغيرت فى الجماعة .

المطلب الرابع

نتائج التفسير

٢٥٠ — يؤدى التفسير المنطقى إلى إحدى النتائج الآتية : (١) فقد يجىء المعنى الناتج من التفسير المنطقى متفقاً مع المعنى الناتج من التفسير اللفظى ، وعندئذ يسمى التفسير مقرراً .

٢٥١ – (٢) وقد يجيء المعنى الناتج من التفسير المنطق أوسع أو أضيق من المعنى الذى يعطيه التفسير اللفظى ، وعندئذ يسمى التفسير واسعاً أو ضيقاً . وفى حالتى التفسير الواسع أو الضيق لا يوسع المفسر أو يضيق من الإرادة التشريعية ، إذ يفترض التفسير فى الحالتين أن الإرادة التشريعية لم يحصل التعبير عنها بالطريقة المناسبة ، فوجب لبيان الإرادة التشريعية على حقيقتها أن تفسر العبارة الواردة فى التشريع تفسيراً واسعاً أو ضيقاً بحسب الأحوال .

٢٥٢ – فالتفسير الواسع يفترض سلفاً أن الشارع قال فى النص أقل عما كان يقصد أن يقوله فوجب لذلك توسيع معنى الألفاظ التى وردت بها إرادة التشريع . مثال ذلك أن يرد فى النص عبارة « الالتزامات التعاقدية » فيجد المفسر أن المقصود من هذه العبارة هو الالتزامات التى تنشأ من الإرادة سواء أكانت ناشئة من تصرف ثنائى (العقد) أو أحادى (التزام بإرادة منفردة كما فى الوعد بجائزة) ، أو أن يرد فى النص كلمة هبة فى حين يجب أن يشمل النص كل تصرف تبرعى ولو كان مضافاً إلى ما بعد الموت . فى هذه الحالات وفى مثيلاتها يكون مؤدى التفسير الواسع هو إطلاق الفكرة عما يقيدها ورفعها إلى مستوى المبدأ الذى يطبق فى سائر الحالات التى لا يدل عليها ظاهر عبارة النص .

وبفضل التفسير الواسع يمكن الوصول إلى منع الأعمال التى تعد تحايلا على القانون أو غشاً نحو القانون . ذلك أن الغش نحو القانون إنما يكون باحترام نصوصه من الناحية الشكلية ومخالفة روحه من الناحية الموضوعية فالذى يرتكب غشاً نحو القانون إنما يسعى للوصول بوسائل غير مباشرة إلى نفس النتيجة الممنوعة أو ما يعادلها . ولكن لما كان الواجب ألا يفهم القانون وفقاً لنصه فقط بل وفقاً لروحه ، وكان النص يستهدف غرضاً

معيناً لا شكلا لذاته كان التفسير السليم للمنع هو الذى يبطل كل فاعلية للوسائل التى يقصد بها الوصول إلى المقصود من التحريم .

حاصل القول هو أن مقتضى التفسير الواسع توسيع معنى النص بحيث يدخل فيه ما يدل ظاهرة على استبعاده .

٢٥٣ — أما التفسير الضيق فيفترض أن الشارع قال فى النص أكثر مما كان يقصد قوله ، أى أنه مع إطلاقه عبارة النص يقصد طائفة محدودة من العلاقات ومن هنا لا يجوز اعتبار القاعدة التفسيرية القديمة ، حيث لا يفرق القانون يجب ألا نفرق ، قاعدة صحيحة فى جميع الأحوال .

وينبغى أن يكون التفسير ضيقاً فى الحالات الآتية على وجه الخصوص .

(١) وذلك عند ما يكون إطلاق معنى النص بالصورة التى ورد بها مؤدياً إلى معارضة نص آخر فى القانون ، (٢) وعند ما يؤدى تطبيق القاعدة فى صورتها الواسعة إلى تجاوز الغاية التى يرمى إليها النص .

إلا أنه يلاحظ أنه إذا قصد بالنص رعاية مصلحة طائفة من الأشخاص فلا يجوز اتباع التفسير الضيق إذا ترتب على ذلك أن ينقلب النص فيصير ضاراً بمصلحة هؤلاء الأشخاص .

٢٥٤ — (٣) وقد يفضى التفسير إلى نتيجة بعيدة جداً ، هى إهمال النص عند ما يكون متعارضاً أشد التعارض مع قاعدة أخرى أعلى منه أو قاعدة رئيسية . ووقوع التعارض بين نصوص القانون ممكن وإن كان نادراً ، فإذا وجد تعارض مطلق بين نصين ولم يفلح المفسر فى التوفيق بينهما وكان أحد النصين رئيسياً والآخر تبعيا أهمل النص التبعى . وإن كان النصان على درجة واحدة من الأهمية أهمل النصان وهذه حالة نادرة . ويسمى التفسير الذى يفضى إلى هذه النتيجة التفسير الملغى .

المطلب الخامس

استثمار الأحكام من النصوص

٢٥٥ — يجب ألا يقف التفسير عند حد التعرف على معنى القاعدة القانونية ، بل يذهب إلى أبعد من ذلك ، إلى توسيع مضمون النصوص فى جميع اتجاهاتها الممكنة . فالغالب أن يتضمن النص أكثر من مبدأ يكون أحدها صريحاً أما الباقى فيمكن إظهاره بطريق الاستنتاج . ثم إن ربط النصوص بعضها ببعض يؤدى إلى أن يبدو بعضها على هيئة قواعد عامة فى حين يأخذ بعضها الآخر طابع الاستثناء ، ولذا يتعين على المفسر أن يستخلص من القواعد جميع النتائج التى تستطيع هذه القواعد إنتاجها ، ولو كان بعضها صريحاً والآخر كامناً فى أعماق تلك القواعد . فللمبادىء القانونية مضمون كامن يكون من مهمة المفسر استخلاصه وبسطه ، وهو بهذا ينمى المادة القانونية . وللوصول إلى هذه الغاية يستعان بقواعد منطقية ، يؤخذ فى استعمالها بالحذر والحيطة . وندلى ببعض هذه القواعد فيما يلى .

٢٥٦ — (١) أن من يجوز له قانوناً الحصول على غاية معينة يجوز له أن يستخدم الوسائل المفضية إلى تلك الغاية . من هذا القبيل نص المادة ١٠٢٠ على أن لمالك العقار المرتفق أن يجرى من الأعمال ما هو ضرورى لاستعمال حقه فى الارتفاق .

(٢) إذا كانت الغاية ممنوعة حرمت الوسائل المفضية إلى تلك الغاية : فإذا كان هناك نص يمنع الشخص من البيع امتد هذا المنع إلى ما يفضى إلى البيع كالرهن ، إذ الرهن غالباً ما يفضى إلى البيع ، عندما لا يفى المدين بالدين فتباع العين المرهونة الضامنة للوفاء بالدين .

٢٥٧ — (٣) ما جاز كثيره فقليله جائز ، وما كان قليله ممنوعاً فكثيره ممنوع . وهذا هو مايسمى الاستنتاج من باب أولى argumentum a fortiori

ومؤداه أنه إذا تقررت قاعدة لحالة معينة لعلة معينة ووجدت حالة أخرى لم يرد بشأنها نص ولكن العلة التى اقتضت النص على الحالة الأولى تكون أكثر توافراً فى الحالة الثانية فإن المفسر يطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية من باب أولى . مثال ذلك أن من لا يجوز له التصرف بعوض لا يجوز له التصرف بغير عوض . ومثاله أيضاً نص المادة ٢٣٧ عقوبات على أن « من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا وقتلها فى الحال هى ومن يزنى بها يعاقب بعقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية » . هذا التخفيف يطبق من باب أولى على حالة من فاجأ زوجته حال تلبسها بالزنا فضربها هى ومن زنى بها فأحدث بهما عاهة مستديمة وهذه جناية ؛ وبذلك تطبيق عقوبة الجنحة بدلا من عقوبة الجناية ، وذلك لأنه إذا جاز تخفيف العقوبة فى حالة القتل فأولى أن تخفف فى حالة ما هو دون القتل .

٢٥٨ — (٤) *مفهوم الموافقة* : معنى هذا أنه إذا كانت هناك قاعدة مقررة لحالة معينة وكانت هناك حالة لم ينص على حكم لها ولكن تتوافر فيها نفس العلة التى أدت إلى وضع النص للحالة الأولى جاز للمفسر أن يطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية : من ذلك قياس حالة البصمة أو الختم الثابت حصولها من المتعاقد على حالة الكتابة أو الإمضاء الثابت صدورهما من المتعاقد إذا فرضنا أن النص أعطى حكماً معيناً لحالة الكتابة أو الإمضاء وسكت عن حالة البصمة أو الختم . بيان ذلك أن المادة ٢٢٧ من القانون المدنى القديم كانت تنص على أن « المحررات الغير رسمية تكون حجة على المتعاقدين بها ما لم يحصل إنكار الكتابة أو الإمضاء » . وسكت النص عن حالة التعاقد بالبصمة أو الختم فى حالة عدم إنكار صدورهما من المتعاقد . وإذ كانت العلة التى اقتضت الحجية فى الحالة الأولى متوافرة فى الحالة الثانية وهى صدور المحرر من الشخص الذى نسب إليه ذلك المحرر كان المحرر الذى عليه الختم أو البصمة الثابت صدورهما من المتعاقد يعتبر حجة على ذلك المتعاقد قياساً على حالة الكتابة أو الإمضاء .

٢٥٩ — (٥) اقتصار النص على حالات معينة يوجب تطبيق عكس حكمه على الحالات الأخرى التى لايشملها هذا النص . وتسمى هذه القاعدة مفهوم المخالفة . ومعناها أن حكم ما سكت عنه الشارع يكون مخالفاً لحكم ما ورد النص بشأنه . إلا أن هذه الطريقة يجب أن يؤخذ بالحذر فى استعمالها . فلا يجوز ، كلما نص القانون على قاعدة لحالة معينة أو على سبيل المثال ، أن يتعين تطبيق قاعدة عكسية على الحالات التى لم ترد فى النص .

ولذا ينبغى لكى يجوز استعمال طريقة مفهوم المخالفة أن يكون من المؤكد أن القاعدة مقصورة على الحالات التى وردت فى النص ، أى على علاقات الأشخاص أو الأشياء التى تقتضى تنظيما خاصاً بها تنفرد به دون سواها .

والاستدلال بمفهوم المخالفة ليس نوعاً من التفسير الواسع ، وإن كان وسيلة لتنمية القانون . ذلك أن التفسير الواسع يعمل عندما يكون التشريع قد أراد أكثر مما قاله ولهذا يكون هدف المفسر هو إعطاء الإرادة التشريعية كامل مقصودها . أما الاستدلال بمفهوم المخالفة فيقصد به استنباط إرادة جديدة لم يصرح بها التشريع ، إرادة مغايرة للإرادة التى تجلت فى الحالة التى نص عليها ، أى قاعدة ثانية ذات مضمون مخالف لمضمون القاعدة التى وضعها التشريع .

ومن الأمثلة التى تضرب عادة لهذه الطريقة من الاستنتاج ما يأتى :

تنص المادة ١/٩٣ مدنى على أنه « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى الميعاد » إذ يمكن أن يستنتج من هذا الحكم بطريق مفهوم المخالفة أنه إذا لم يعين ميعاد للقبول يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه .

وكذلك تنص المادة ٣٤٧ مدنى على أنه « إذا هلك البيع قبل التسليم

لسبب لا يد للبائع فيه انفسخ البيع واسترد المشترى الثمن ، إذ يمكن أن يستنتج من هذا بطريق مفهوم المخالفة أنه إذا هلك المبيع بعد التسليم لا ينفسخ البيع ولا يسترد المشترى الثمن .

الفرع الثانى

التكميل

٢٦٠ — قد يأتى التشريع ناقصاً فى مسألة معينة ، عندما لا يجد القاضى فى التشريع قاعدة تمكنه من حل هذه المسألة (١) . وقد أثار النقص فى القانون جدلا بين الوضعيين واللاوضعيين : فلقد ظهرت فى القرن التاسع عشر ، على أثر صدور التقنينات ، نظرية قال بها الوضعيون مؤداها أن التشريع يكون شاملا لجميع الحلول وانه لا يتصور أن يوجد نقص فى القانون (نظرية كمال التشريع) ، فى حين يذهب اللاوضعيون إلى أنه ما من تشريع يمكن أن يخلو من نقص ، وأن ادعاء كمال التشريع هو خرافة لا يؤمن بها إلا الجماعات التى لا تزال فى دور الطفولة (٢) .

---

(١) وفرق بين أن يكون القانون ناقصاً وأن يحتوى القانون على قواعد يعارض بعضها بعضاً ، إذ يسمى التشريع فى الحالة الأخيرة « تشريع غير متناسق » ، فى حين يعتبر القانون ناقصاً إذا لم يشتمل على قاعدة لحل نزاع معين . ويقال فى بيان هذا الفرق إن القانون غير المتناسق يشتمل على ما يزيد عن الحاجة . أما القانون الناقص فيخلو مما كان يجب أن يشتمل عليه . وأن علاج عدم التناسق هو التطهير purgation . أما علاج النقص فى القانون فهو التكميل intégration .

(٢) وفى الدين ما يؤيد إمكان وجود النقص فى التشريع . ولقد جاء فى كتاب الملل والنحل للشهرستانى أنه « قد استفاض الخبر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه لما بعث معاذا إلى اليمن قال يا معاذ بم تحكم قال بكتاب الله قال فإن لم تجد قال فبسنة رسول الله قال فإن لم تجد قال أجتهد رأيى ، قال النبى صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذى وفق رسول رسوله لما ترضاه » (ثروت أنيس الأسيوطى ، نشأة النظريات الفلسفية وتطورها ١٩٦٤ المرجع السابق ص ٢٥٣ رقم ٢٩٦ ، و ص ٢٥٤ هامش ٤٥) .

٢٦١ — وإذ كان النقص فى التشريع أمراً مسلماً وجب أن نعرف الوسيلة إلى سد ذلك النقص . قسم الفقيه الإيطالى كارنولوتى وسائل سد النقص فى التشريع إلى نوعين : وسائل تكميل خارجية ووسائل تكميل ذاتية . فى النوع الأول يجوز للمفسر أن يبحث عن الحل خارج النظام القانونى الذى وجد به النقص . أما فى النوع الثانى فيتعين على المفسر أن يبحث عن الحل داخل نطاق النظام القانونى ذاته .

(أ) ولقد كانت الطريقة القديمة فى تكميل النقص ، التى نادى بها علماء القانون (قبل قول الوضعيين بنظرية كمال التشريع) هى طريقة التكميل الخارجى : ومؤدى هذه الطريقة هى الرجوع إلى القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

ولقد انتشرت طريقة التكميل الخارجى على أثر ضعف مركز أنصار الوضعية القانونية ، الأمر الذى أتاح لأنصار مذهب القانون الحر (الذين يمثلون مذهب القانون الطبيعى فى صورته الحديثة) أن ينادوا بهذه الطريقة .

(ب) أما الطريقة الحديثة فى التكميل فهى طريقة التكميل الذاتى . وسميت كذلك لأن القاضى يجب عليه أن يسد النقص الموجود فى التنظيم القانونى من نفس التنظيم ذاته ، مستعيناً فى ذلك بالقياس ، فإن لم يجده ذلك نفعاً فبالرجوع إلى القواعد العامة فى التنظيم القانونى .

٢٦٢ — وقد أخذ التقنين المدنى الإيطالى بطريقة التكميل الذاتى ، فلقد نص فى المادة ٢/١٢ على أنه إذا لم يوجد نص فى التشريع يرجع القاضى

= ويبرر الشهرستانى ظاهرة إمكان النقص فى التشريع بقوله « نعلم قطعاً ويقيناً أن الحوادث والوقائع فى العبادات والتصرفات مما لا يقبل الحصر والعد ، ونعلم قطعاً أيضاً أنه لم يرد فى كل حادثة نص ولا يتصور ذلك أيضاً . والنصوص إذا كانت متناهية والوقائع غير متناهية ، وما لا يتناهى لا يضبطه ما يتناهى علم قطعاً أن الاجتهاد والقياس واجب الاعتبار حتى يكون بصدد كل حادثة اجتهاد (ثروت أنيس الأسيوطى ، المرجع السابق ص ٢٥٤ هامش ٤٥) .

إلى النصوص التى تنظم الحالات المشابهة أو المواضيع المشابهة ، فإذا بقيت المسألة مع ذلك غامضة فإنه يحكم وفقاً للمبادىء العامة فى النظام القانونى للدولة[1] .

أما طريقة التكميل الخارجى فقد ظهر أثرها فى المادة السابعة من القانون النمساوى (١٨١١) التى تنص على أنه فى حالة وجود نقص فى القانون يجب على القاضى إذا لم يسعفه القياس أن يرجع إلى مبادىء القانون الطبيعى . وكذلك أخذ بطريقة التكميل الخارجى التقنين المدنى المصرى الحالى الذى نص على أنه إذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه حكم القاضى بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

٢٦٣ — القياس : وأولى وسائل سد النقص فى التشريع هى القياس ومقتضاها أنه إذا وجد القاضى حالة نظمها المشرع تكون مشابهة للحالة المعروضة عليه والتى لم يجد لها تنظيما مباشراً فى التشريع فإنه يطبق حكم الحالة الأولى على الحالة الثانية . والقياس وسيلة معترف بها فى تكميل التشريع ، ولو أن التقنين المصرى لم يذكرها فى حين ذكرها بعض التشريعات سواء فى ذلك ما اتبع طريقة التكميل الخارجى وما اتبع طريقة التكميل الذاتى . ولكن لما كان أساس القياس هو فكرة أن الحالات المتماثلة فى الطبيعة يجب أن يكون حكمها واحداً كان من المتعين الالتجاء إلى القياس دون حاجة إلى ترخيص من المشرع . هذا بالإضافة إلى أن النظام القانونى

---

(١) ومن الشراح الإيطاليين من يرى أن الرجوع إلى المبادىء العامة فى القانون هو من قبيل التكميل الخارجى ، بناء على أن الرجوع إلى هذه المبادىء يقتضى الذهاب إلى ما وراء الحلول التشريعية وبالتالى إلى ما يجاوز حدود القانون الوضعى (بيتى ، تفسير القوانين . . ، ١٩٤٩ ص ٥٢) .

ليس مجموعة من قواعد جامدة يوجد بعضها إلى جوار بعض ، بل هو كل متناسق ترتبط قواعده بعضها ببعض . ويرى بعض الشراح (بوبيو) أن أساس جواز أو وجوب الالتجاء إلى القياس فى التقنينات التى لم يرد له ذكر فيها هو قاعدة غير مكتوبة موجودة ضمناً فى النظام القانونى ، وأنه لما كان القانون لا يستطيع المحافظة على كيانه بدون القياس جاز اعتبار هذه القاعدة الضمنية قاعدة قانون طبيعى بالمعنى الوحيد المقبول لهذه العبارة . إن الشارع كائن عاقل يرسم الأهداف ويختار أصلح الوسائل التى تؤدى إلى هذه الأهداف . ولذا فإنه عندما يبسط المفسر حكم حالة منصوص عليها إلى حالة لم يرد بشأنها نص ، مستهدياً فى ذلك بحكمة النص فإنه يقوم بعمل يستند فيه إلى ثقته فى معقولية المشرع .

٢٦٤ — أنواع القياس : ويذكر الشراح عادة نوعين من القياس : قياس حالة لم يرد بشأنها نص على حالة ورد بشأنها نص ، ويسمى القياس التشريعى analogie legis . وقياس حالة لم يرد بشأنها نص على مجموع المبادىء القانونية وروح النظام القانونى . ويسمى القياس القانونى analogie iuris بحيث إذا لم يجد القاضى حالة منصوصاً عليها مشابهة للحالة المعروضة عليه والتى لم يرد بشأنها نص وجب عليه أن يؤلف قاعدة من مجموعة الحالات التى نظمها القانون والتى تعتبر مظهراً لمبدأ عام لم يذكر صراحة فى القانون .

٢٦٥ — شروط القياس : يشترط لإمكان استعمال القياس الشروط الآتية

١ — فيجب ألا يكون هناك نص يحكم الحالة المراد الفصل فيها ، بمعنى أنه لا يوجد نص فى التقنين سواء فى معناه اللفظى أو معناه المنطقى . وعلى ذلك إذا أمكن الفصل فى الحالة المعروضة بناء على التفسير الواسع فلا حاجة عندئذ إلى القياس ، إذ نكون بصدد حالة تندرج فى عداد ما قصد المشرع تنظيمه وإن كان تعبيره قد جاء أقل شمولا مما يجب .

٢ — أن يكون ثمة تشابه فى الجوهر بين الحالة التى نظمها القانون والحالة التى يراد تنظيمها ذلك أن كل واقعة قانونية تشتمل على نوعين من العناصر : عناصر أساسية وعناصر عرضية . وعند مقابلة الواقعة التى نظمها القانون بالواقعة التى لم يرد لها تنظيم مماثل يجرد القاضى الواقعة الأولى من عناصرها العرضية ويكتفى فقط بعناصرها الأساسية، وبهذا يستطيع أن يقرر ما إذا كان هناك شبه . مثال ذلك أن القانون قد نص على أن التدليس عيب يجعل العقد قابلا للإبطال (م ١٢٥) ومع ذلك فما من شك فى أن التدليس يؤثر فى سائر التصرفات القانونية التى ليست من قبيل العقود ، وذلك بناء على ما بين العقد والتصرف القانونى من تشابه فى العناصر الأساسية وهى أن كلا منهما يقوم على تعبير عن الإرادة .

٣ — يجب ألا تكون القاعدة التى يراد بسط حكمها إلى الحالة غير المنصوص عليها قد وردت لحالة تعتبر استثنائية . فما ورد على خلاف القياس فعليه لا يقاس . والمقصود بالقاعدة الاستثنائية القاعدة التى تخرج على حكم قاعدة عامة ، أو هى التى تنظم مسلكا بطريقة تخالف الطريقة التى كان لينظم بها عند عدم وجود القاعدة الاستثنائية . فإذا كانت هناك قاعدة عامة تعتبر مسلكا ما محرما فيعتبر استثناء من تلك القاعدة قاعدة تحلل مسلكا كان يمكن أن يعد محرما لولا وجود هذه القاعدة التى اعتبرته حلالا . وبالجملة تعتبر القاعدة استثنائية إذا أخرجت مسلكا معينا من حكم قاعدة عامة لظروف معينة .

٢٦٦ — القياس فى القانون الجنائى : لا يجوز القياس فى القانون الجنائى فى قواعده التى تجرم فعلا من الأفعال . وهذا هو مقتضى نص الدستور (م ٢٧) على أنه لا جريمة ولا عقوبة إلا بناء على قانون . والحكمة من هذا النص هى تأمين الحرية الفردية من تحكم السلطة القضائية.

وإذ كانت العلة فى تحريم القياس فى القانون الجنائى هى ما ذكرنا فإنه

ينجم عن ذلك أن يكون تحريم القياس مقصوراً على القواعد الجنائية التي تجرم فعلا من الأفعال لا القواعد التي ترفع عن فعل صفة الجريمة أو تنص على ظرف مخفف أو على سبب لسقوط العقوبة ، إذ يزول تحريم استعمال القياس بزوال العلة التي دعت إلى ذلك التحريم . وعلى ذلك يجوز استعمال القياس في قواعد القانون الجنائي التي تكون أصلح للمتهم وهي التي تنص على سبب من أسباب الإباحة أو ظرف من الظروف المخففة أو سبب مسقط للعقاب .

٣٦٧ — القياس والتفسير الواسع : يفرق الشراح بين القياس والتفسير الواسع فيقولون إن القياس يفترض حالة لم يرد بشأنها نص ، أما التفسير الواسع فيفترض أن الحالة تندرج ضمن التنظيم القانوني وتدخل في معنى النص وإن كان لفظه يبدو غير مشتمل عليها . في التفسير الواسع توجد إرادة التشريع وإن كانت عبارة النص غير الدقيقة لا تدل على تلك الارادة من حيث الظاهر ، أما في القياس فلا توجد إرادة تشريعية ولكن تستمد هذه الإرادة من حالات مشابهة تجلت فيها إرادة التشريع .

ويرتب بعض الشراح على هذه الفروق النظرية فروقاً عملية . فيقولون إن القاعدة التي لا تجيز بسط القواعد الجنائية والقواعد الاستثنائية إلى ما يجاوز حدود الحالات المنصوص عليها صراحة إنما تتعلق فقط بالقياس لا بالتفسير الواسع . بمعنى أن القياس هو وحده الذي لا يجوز إعماله في القواعد الاستثنائية ، بسبب أن هذه القواعد قد وضعت فقط لطوائف محدودة من الأشخاص أو الأشياء أو العلاقات وبذلك تشكل مجالا مقفلا لا يجوز للمفسر أن يبسطه . فالشارع هو وحده الذي يملك ذلك . لذا كان من المنطق إعمال دلالة مفهوم المخالفة في هذا المجال ، ومؤداها أن المشرع ، لاعتبارات مصلحية خاصة ، قد قصر النص على أشخاص معينين أو وقائع معينة ، وأراد ألا يسرى هذا النص على غير هؤلاء الأشخاص أو تلك الوقائع . وإذ كان القياس تطبيقاً لإرادة المشرع على حالات لم يرد بشأنها

نص ، و بالتالى تنظيما لحالات جديدة على نحو ما كان يفعله المشرع لو كان قد أتيح له تنظيمها فانه لايجوز إعماله حيث يكون ذلك مخالفاً لإرادة منضبطة عند المشرع ، الذى قصد أن يقول : فى غير هذه الحالات أريد أن يجرى التنظيم على عكس التنظيم الذى وضعته .

بخلاف التفسير الواسع فيرى أنصار هذا الرأى أنه يجوز إعماله فى القواعد الاستثنائية والقواعد الجنائية بناء على أن المقصود من التفسير الواسع هو تكوين الإرادة التشريعية ، وأنه لايمنع من هذا قاعدة أن الاستثناء لايتوسع فى تفسيره ، إذ لاتتعلق هذه القاعدة بالتفسير الواسع بل بالقياس .

فى حين تذهب قلة من الشراح إلى التسوية بين التفسير الواسع والقياس من حيث عدم جواز إعمال كل منهما فى القواعد الاستثنائية و القواعد الجنائية . وحجة هذا الرأى أنه فى القواعد الجنائية يجب أن يكون المواطنون على علم بما هو ممنوع وما هو مباح ، ومن ثم يجب أن يكون نص القانون على ما هو ممنوع نصاً صريحاً ، وأنه يجب أن يكون كل ما لم يرد نص بشأنه مباحاً ، فإذا وجد غموض أو شك حول مشروعية العمل أو عدم مشروعيته وجب اعتباره مشروعاً . أما القواعد الاستثنائية فتتضمن إخلالا بقاعدة المساواة بين المواطنين ، ولذا يجب أن ينظر إليها المفسر نظرة المستريب فيطبقها فى أضيق نطاق ممكن .

٢٦٨ — *وسائل التكميل الأخرى* : إذا عجز القاضى عن أن يجد حلا للمسألة المعروضة عليه عن طريق القياس فمعنى هذا أنه لم يجد نصاً فى التشريع سواء فى لفظه أو فى معناه . وتعين عليه عندئذ أن يبحث فى العرف عن حكم للحالة المعروضة عليه . فإن لم يجد فى العرف فإنه يلجأ إلى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإن لم يجد التجأ إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

ومن المعقول أن تعتبر مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة هى المعيار الأخير الذى لايتصور أن يوجد بعده معيار آخر ، إذ المفروض أن القانون الطبيعى هو قانون كامل شامل ، يوجد فيه حل لكل نزاع يمكن أن يعرض على القاضى . ويترتب على ذلك نتيجتان : الأولى هى أنه لم يعد عذر للقاضى فى ألا يحكم فى المسألة المعروضة عليه بحجة عدم وجود نص . ولذا اعتبر امتناعه عن الفصل فى النزاع جريمة تسمى جريمة الامتناع عن الحكم . فلقد نص فى المادة ١٢٢ من قانون العقوبات على أنه: «إذا امتنع أحد القضاة عن الحكم يعاقب بالعزل أو بغرامة لاتزيد على عشرين جنيهاً» وأنه « يعد ممتنعاً عن الحكم كل قاض أبى أو توقف عن إصدار حكم بعد تقديم طلب إليه فى هذا الشأن بالشروط المبينة فى قانون المرافعات فى المواد المدنية والتجارية ، ولو احتج بعدم وجود نص فى القانون أو بأن النص غير صريح أو بأى وجه آخر » .

الثانية هى أنه لايتصور أن يثير الفقه فى مصر فرض إمكان وجود حالة لايوجد لها حل فى القانون الطبيعى ، بخلاف ما لو كان المشرع قد جعل المعيار الأخير هو المبادىء العامة فى القانون الوضعى . إذ لم يكن هذا ليمنع الفقه من القول بإمكان وجود حالات لايوجد لها حل فى المبادىء العامة للقانون ، على نحو ما حصل فعلا فى الفقه الإيطالى الذى لم يمنعه اعتبار المبادىء العامة فى القانون هى المعيار الأخير من الذهاب إلى إمكان وجود حالات ليس لها حل فى تلك المبادىء العامة .

الفرع الثالث

مذاهب التفسير وموقف القانون المصرى منها

٢٦٩ — ثمة مذاهب ثلاثة فى التفسير . نعرضها فى إيجاز لكى نعرف بأيها أخذ التقنين المدنى المصرى فى المادة الأولى منه .

٢٧٠ — (١) **مذهب الشرح على المتون** : Ecole de l'Exégèse

أساس هذا المذهب هو تقديس النص وأن التفسير يجب أن يكون هدفه الوحيد هو التعرف على إرادة المشرع. ولقد ساد هذا المذهب فى فرنسا عقب صدور تقنين نابليون ، بناء على اعتقاد الفقه والقضاء فى أن هذا التقنين قد أحاط بكل شىء ، وأن المفسر يستطيع عن طريق التفسير اللفظى والتفسير المنطقى والأعمال التحضيرية أن يجد فيه حلا لكل مايعرض عليه من حالات يريد الفصل فيها . ولذا قام هذا المذهب على الأسس الآتية :

(١) يجب أن تكون مهمة المفسر هو الحصول من النص على كل ما يمكن أن يعطيه عن طريق التفسير الحرفى والمنطقى مع الاستعانة فى هذا بوسائل متعددة كالقياس العادى (مفهوم الموافقة) ومفهوم من باب أولى ومفهوم المخالفة .

(ب) عند غموض النص يجب التعرف على نية المشرع وقت وضعه النص ، مع الاستعانة فى ذلك بوسائل متعددة كتقريب النصوص بعضها من بعض ، والرجوع إلى السوابق التاريخية ، والاعتماد على الأعمال التحضيرية .

(ح) عند عدم استطاعة التعرف على نية المشرع الحقيقية يجب افتراض هذه النية فيفترض المفسر أن المشرع لا بد أنه كان يريد أن تكون القاعدة على نحو معين . ويستعان فى ذلك بمـا قرره المشرع فى حالات أخرى ، وبالرجوع إلى السوابق التاريخية .

(ى) عند عدم وجود نص فى التشريع لحالة معينة يجب على المفسر ، وفقاً لهذا المذهب ، أن يلجأ إلى القياس .

٢٧١ — ولقد عيب على هذا المذهب إفراطه فى الاتجاه إلى المنطق ،

وثقته الكبرى فى الأعمال التحضيرية حتى لقد اعتبرها من قبيل المصادر الرسمية فى التفسير ، وحرصه على تحرى نية المشرع وقت وضعه النص مع مايؤدى إليه هذا من حل المسائل الجديدة بوسائل قديمة . وكان أكبر ما عيب على هذا المذهب هو أنه يجيز افتراض إرادة المشرع عند عدم إمكان التعرف عليها ، وهذا يفضى إلى التحكم .

٢٧٢ — (٢) المذهب التاريخى أو الاجتماعى Ecole historique ou social : زعيم هذا المذهب فى فرنسا هو الفقيه الفرنسى سالى Saleilles ويصدر هذا المذهب عن فكرة معينة هى أن التشريع متى صدر انفصل عن إرادة واضعيه وأصبح كائناً مستقلا يحيا حياة خاصة به ، تتيح له أن يتغير بتغير الجماعة ومطالبها . وإذ يصير التشريع كائناً مستقلا له حياته الخاصة فإنه يجب إذا دعت الحاجة إلى تفسيره أن يفسر ، لا وفقاً لإرادة واضعيه ، بل وفقاً للمعنى الذى يتيح له أن يحقق أهداف العدل والمصلحة الاجتماعية[1] . وليس هدف التفسير هو الوصول إلى إرادة المشرع بل تحقيق مطالب البيئة الاجتماعية . فلا يعول على إرادة المشرع إلا بقدر تعبيرها عن حاجات هذه البيئة . ولما كانت هذه البيئة متغيرة باستمرار لم يكن ثمة مقتض للتقيد بإرادة أصبحت عتيقة . وعلى ذلك إذا تغيرت الظروف بحيث لم يعد المعنى الأصلى متسقاً مع الظروف الجديدة ، أو كان هناك نقص فى التشريع يجب الاستهداء بالعوامل الاجتماعية التى تقارن حياة القانون فى كل مظاهره وتوضح أغراضه ومراميه .

---

(١) وفى هذا المعنى يقول : سالى « يكاد يتفق الرأى على أن تفسير القانون ليست غايته التعرف على إرادة المشرع ، إذ التعرف على هذه الإرادة شىء مستحيل وهدف خيالى ، لما أنه ينبغى للتعرف على إرادة المشرع أن نعرف ماذا كان يريده كل من اشترك فى عمل القانون وأن نستخلص من هذا إرادة عامة هى إرادة الأغلبية ، وهذه كلها أشياء لا يمكن الوصول إليها » (التعبير عن الإرادة ، المادة ١٣٣ رقم ٤٣) .

ولا يعول هذا المذهب على الحكمة من التشريع كما كانت عند وضعه ، وإنما يعتد بالحكمة التى تكون له وقت تطبيقه ، أى أن الحكمة من التشريع (هى حكمة شخصية وتاريخية وفقاً للمذهب القديم) تصير حكمة موضوعية وحاضرة وفقاً للمذهب التاريخى .

٢٧٣ — وقد يكون من حسنات هذا المذهب أنه إذا تغيرت الظروف تغيراً عميقاً لم تعدل بسببه النصوص للتوفيق بينها وبين الحاجات الجديدة ، فإن هذا التوفيق يمكن أن يتحقق عن طريق التفسير ، وبهذا يكسب القانون بفضل هذا المذهب مرونة تتيح له أن يستجيب لمطالب العصر الجديدة ، دون حاجة إلى إعادة النظر فيه من وقت لآخر لتعديله فى ضوء ما استجد من ظروف .

ولكن عيب على هذا المذهب أنه يستخدم النص ليصل منه إلى غير ما أراد واضعوه . وبهذا لا يكون للقانون أى قيمة ذاتية ، فلن يكون له إلا المعنى الذى يعطيه له المفسر ليوائم بينه وبين حاجات العصر وهكذا يقوم المفسر بخلق القانون تحت ستار التفسير .

٢٧٤ — (٣) مذهب البحث العلمى الحر[1] Ecole de la libre recherche scientifique : ظهر هذا المذهب فى فرنسا على يد الفقيه الفرنسى

---

(١) ويقابل هذا المذهب فى ألمانيا مذهب القانون الحر Freirechtlehre ، الذى اتخذ مظهراً يتسم بالجرأة تارة والخروج على الأوضاع التقليدية تارة أخرى . بدأت طلائع هذا المذهب عند وضع Adickes كتابه « فى نظرية مصادر القانون Lehre v. den Rechtsquellen (كاسيل ١٨٧٢) هاجم فيه نظرية مصادر القانون وأنكر أن يكون التشريع والعرف هما اللذان ينشئان القانون وقال إن القاضى يجب أن يعتمد على ضميره فى خلق القانون الحر متجاوزاً حدود القانون الوضعى الذى يعتبر قيداً على حريته فى عمل القانون . وظهر بعد ذلك كتاب Bülow « التشريع ومهمة القاضى Gsetz und Richteramt » (ليبزج ١٨٨٥) حيث بالغ فى وظيفة القاضى فأسند إليه قوة خلق القانون ، مما يؤدى إلى أن يوجد إلى جوار القانون الوضعى والعرف قانون قضائى . وفى سنة ١٨٩٦ نشر كوهلر كتابه « تفسير =

جينى Geny فى مؤلفه « طرق التفسير ومصادر القانون الخاص الوضعى.
ومؤدى هذا المذهب أنه عند عدم وجود نص تشريعى يحكم الحالة المعروضة أمام القاضى فإن القاضى يلجأ إلى البحث العلمى الحر ، فى عمل القاعدة التى يطبقها على الحالة التى أمامه ، مستهدياً فى ذلك بالحقائق الواقعية والتاريخية والفعلية والمثالية . ويسمى بحثه حراً لعدم وجود سلطة وضعية يستمد منها القاعدة التى يريدها ويسمى بحثه علمياً لأنه يقوم على أساس العناصر الموضوعية التى يمده بها العلم .

٢٧٥ — أما عن موقف التقنين المدنى المصرى من هذه المذاهب. فنقول إن المادة الأولى من هذا التقنين تتكلم فى فقرتها الأولى عن التفسير ، وتتكلم فى فقرتها الثانية عن التكميل .

إذ تقول الفقرة الأولى « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها » .

ولقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى أن « التشريع هو أهم مصادر القانون . . . ولذلك يخلق بالقاضى أن يلتمس الحكم الذى يطبق فى نصوص التشريع أولا . ومتى وجد الحكم فيه أو استخلصه منه تعين أن يمضيه

= التشريعات über die Interpretazion der Gesetze . درس فيه نظرية التفسير مبرزاً قوة القضاء الخلاقة . ثم أخرج بعد ذلك شلوسمان كتابه « الغلط فى الصفات الجوهرية Irrtum über wesentl. Elgenschaften » (بينا ١٩٠٣) وصف فيه التشريع بأنه مجرد ورقة مطبوعة يستحيل أن تكون لها إرادة يتحراها المفسر . واتخذ مذهب القانون الحر أجرأ صوره فى كتاب Kantorowicz « الكفاح من أجل العلم القانونى Der Kampf um die Rechtswissenschaft » (هيد لبرج ١٩٠٦) انتقد فيه دور القاضى فى النظرية التقليدية ونادى فيه بأن يكون للقاضى حرية مطلقة وأن تكون سلطته التقديرية غير محدودة وأن يكون حكمه بناء على سلطته التقديرية غير مقيد بتسبيب أحكامه .

(انظر أيضاً كتاب الدكتور ثروت أنيس الأسيوطى ، نشأة النظريات الفلسفية وتطورها ، المرجع السابق ص٢٩٢ رقم٣٣٢ وما بعدها) .

وامتنع عليه الأخذ بأسباب الاجتهاد . ونصوص التشريع تسرى على جميع المسائل التى ينسحب عليها حكمه سواء استخلص هذا الحكم من عبارة النص أم من روحه . وليس أدعى إلى إسلاس تطبيق القواعد التشريعية وتيسير أسباب المرونة لها من تقصى روح النص إما بالرجوع إلى مصادره التاريخية أو أعمال التحضيرية وإما باستنباط لوازمه أو بالكشف عن حقيقة مفهومه أو دلالته بطرق التفسير المختلفة » .

ويدل هذا على أن التقنين المدنى يبدأ أولا بطريقة التفسير اللفظى والمنطقى . وهذا هو القدر الذى أخذ به من المذهب القديم . وهو قدر لازم إذ لا يمكن فى التفسير صرف النظر عن النصوص .

ثم تضيف نفس المذكرة إلى ذلك أن « الإشارة الى روح النص أو فحواه أفضل . . من الإشارة إلى . . . نية المشرع . فهذه النية أمر مستتر ، يفترض وجوده فى الغالب ، وقد لا يطابق الحقيقة فى كثير من الأحيان ، وقد لا يتاح الوقوف عليه فى أحيان أخرى . فالواقع أن النص متى خرج من يد واضعيه اتصل بالحياة وتفاعل معها وأصبح للظروف الاجتماعية فى تحديد نطاقه ومراميه شأن يجاوز فى خطره نية المشرع » .

ويدل هذا على أن التقنين المدنى لم يشأ أن يأخذ بمقتضى المذهب التقليدى فى تحرى نية المشرع ، بل رأى أن الأولى هو البحث عن روح التشريع ، وبرر ذلك بانفصال النص عن واضعه وهو يريد بذلك أن يستبدل بنية المشرع مايسمى بالإرادة التشريعية فيجعل للتشريع إرادة مستقلة عن إرادة المشرع ، بحيث يمكن إعطاء النصوص مرونة تكفل لها أن تستجيب لمقتضيات العصر الذى تطبق فيه . وفى هذا أخذ بقدر قليل من المذهب التاريخى .

٢٧٦ — وتتكلم الفقرة الثانية عن حالة نقص التشريع ، وهى فى ذلك

تسلم بإمكان وجود النقص فى التشريع . وتحيل القاضى عندئذ إلى العرف « باعتباره المصدر الذى يلى التشريع فى المرتبة . . . فإن لم يجد وجب عليه أن يلتجىء الى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإن لم يجد إلتجأ إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة . فالتقنين لم يشأ أن يحيل القاضى إلى المبادىء العامة في قانون الدولة كما جاء فى التقنين المدنى الايطالى الجديد أو إلى مبادىء القانون العامة كما جاء فى التقنين الصينى . بل فضل عبارتى « القانون الطبيعى والعدالة ، وهو لا يقصد من هذا أن يرد القاضى الى ضابط يقينى بل أن يلزمه أن يجتهد رأيه حتى يقطع عليه سبيل النكول عن القضاء . ثم هو يقتضيه فى اجتهاده هذا أن يصدر عن اعتبارات موضوعية عامة لا عن تفكير ذاتى خاص(١) .

ويفهم من هذا أن المفسر عند عدم وجود النص يجتهد رأيه ، وهو فى هذا يكون حراً فى بحثه عن الحل . وهذا هو مقتضى البحث العلمى الحر . غير أن حرية المفسر هذه لا تصل به إلى تكوين القاعدة وفقاً لأفكاره القانونية الشخصية بل تقيده باعتبارات موضوعية عامة بالتجائه إلى مبادىء القانون الطبيعى وقواعد العدالة .

من هذا نرى أن المادة الأولى من التقنين المدنى الحالى قد أخذت بقدر من كل المذهب التقليدى والتاريخى فى التفسير وبمذهب البحث العلمى الحر فى التكميل .

---

(١) أنظر مجموعة الأعمال التحضيرية ، الجزء الأول ص ١٨٦ وما بعدها .

الفصل الخامس

النطاق الزمانى والمكانى للقواعد القانونية

نتكلم هنا فى مسألتين : تطبيق التشريع من حيث الزمان ثم تطبيقه من حيث المكان.

المبحث الأول

تطبيق التشريع من حيث الزمان

ندرس هنا أيضاً مسألتين : الأولى هى المدى الزمنى لانطباق التشريع والثانية هى مدى فاعلية التشريع من حيث الزمان .

الفرع الأول

المدى الزمنى لانطباق التشريع

٢٧٧ — ويقصد بهذه المسألة وقت بداية العمل بالتشريع ووقت نهاية العمل به . أما عن وقت بداية العمل به فلقد علمنا أن التشريع يبدأ العمل به إما فور نشره وإما بعد ذلك بمدة ينص عليها المشرع . وفى الحالة الأولى يكون التشريع موجوداً ونافذاً ، أما فى الحالة الثانية فيكون التشريع موجوداً دون أن يكون نافذاً ، فلا يطالب أحد باحترامه ولا يكون من واجب القاضى أن يطبقه إلى أن تنتهى المدة المحددة لبدء العمل .

أما عن وقت انتهاء العمل بالتشريع فيختلف بحسب ما إذا كان المقصود بالتشريع هو أن يعمل به فقط لمدة محدودة منصوص عليها أو كان المقصود به أن يستمر العمل به من غير تحديد مدة . فى الحالة الأولى ينتهى العمل

بالتشريع بمجرد انقضاء المدة المحدودة للعمل به وتزول عنه كل فاعلية دون حاجة إلى إلغاء . ويمكن أن يسمى هذا التشريع بالتشريع المحدود المدة . ومثاله التشريعات التى تصدر فى أوقات الحروب أو الأزمات أو الحوادث غير العادية .

أما إن قصد بالتشريع أن يستمر لمدة غير محدودة ، وهذا هو الغالب ، فإن التشريع يظل قائماً نافذاً . لا يفقد فاعليته إلا بمقتضى تشريع لاحق يجرده من هذه الفاعلية ، وهذا هو ما يسمى الإلغاء وبه ينتهى العمل بالقانون الملغى (القديم) .

المطلب الأول

الإلغاء

Abrogation

٢٧٨ — الإلغاء هو تجريد القاعدة القانونية من كل قوة ملزمة سواء بإصدار تشريع آخر بدلا منه أو بدون إصدار تشريع آخر ، وسواء أكانت القاعدة الملغاة قاعدة تشريعية أو قاعدة عرفية .

ومقتضى التدرج التشريعى ألا تلغى القاعدة التشريعية إلا قاعدة تشريعية أخرى أقوى منها أو فى مثل قوتها : فالتشريع الدستورى لا يلغيه إلا تشريع دستورى ، والتشريع العادى لا يلغيه إلا تشريع عادى أو تشريع دستورى فلا يلغيه عرف ولا تشريع فرعى . والقاعدة العرفية تلغيها قاعدة تشريعية أو قاعدة عرفية عكسية تتكون بالتدريج إذا توافرت فيها عناصر القاعدة العرفية ، العنصر الخارجى والعنصر الداخلى .

المطلب الثانى

صور الإلغاء

٢٧٩ — نصت المادة ٢ من التقنين المدنى الحالى على أنه « لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع » .

مؤدى هذه المادة أن التشريع لا يلغيه إلا تشريع لاحق عليه وأن الإلغاء كما يكون صريحاً وهو الأصل يجوز أن يكون ضمنياً .

(١) ويكون الإلغاء صريحاً عندما ينص التشريع الجديد صراحة على إلغاء النصوص السابقة التى يبينها جملة أو تفصيلا .

(٢) أما الإلغاء الضمنى فيتحقق بطريق الاستنتاج ، من الطريقة التى اتبعها التشريع الجديد . ولقد ورد فى التقنين المدنى الحالى صورتان للإلغاء الضمنى : الأولى هى أن يشتمل التشريع الجديد على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، والثانية هى أن يعيد التشريع الجديد تنظيم الموضوع الذى سبق أن نظمه التشريع القديم .

٢٨٠ — الصورة الأولى : تعارض التشريع الجديد مع التشريع القديم . وفى هذه الحالة لا يلغى من نصوص التشريع القديم إلا ما يعتبر متعارضاً مع نصوص التشريع الجديد . ومؤدى هذا أنه يمكن أن يكون الإلغاء الضمنى جزئياً أو كلياً بحسب ما إذا كان التعارض بين نصوص التشريع الجديد ونصوص التشريع القديم مقصوراً على مسألة خاصة أو كان ينصب على نفس المبدأ الذى يصدر عنه كل من التشريعين ، أى بحسب ما إذا كان التعارض جزئياً أو كلياً .

وغالباً ما يؤدى الإلغاء الجزئى إلى مسائل تفسيرية دقيقة ، أهمها المسألة المتعلقة بصدور تشريع جديد يشتمل على قواعدخاصة تتعارض مع قواعد عامة موجودة فى قانون قديم ، أو صدور تشريع جديد يشتمل على قواعد عامة تتعارض مع قواعد خاصة فى قانون قديم :

فى الحالة الأولى نجد القواعد الخاصة لا تؤثر فى القواعد العامة إلا فيما يتعلق بالقطاع التى أعدت هذه القواعد الخاصة لتعمل فيه . فاذا فرضنا قانوناً يشتمل على قواعد عامة تنظم مركز موظفى الدولة ثم صدر تشريع جديد ينظم مركز طائفةمعينة من الموظفين كأعضاء هيئة التدريس بالجامعات فى هذا الفرض نجد القواعد الخاصة بتنظيم مركز أعضاء هيئة التدريس بالجامعات تخرج هؤلاء عن حكم القواعد العامة التى تنظم مركز سائر موظفى الدولة . أى أن هذه القواعد الخاصة لاتلغى القواعد العامة بل تستثنى منها *Lex specialis posterior derogat generali* .

أما فى الحالة الثانية فثمة خلاف فى الرأى : إذ يرى بعض الشراح أن القاعدة فى هذا الشأن هى أن القواعد العامة الجديدة لاتؤثر فى القواعد الخاصةالسابقة *Lex posterior generalis non derogat prior specilai*
فاذا فرضنا أن كان هناك تشريع خاص ينظم مركز طائفة معينة من الموظفين ثم صدر تشريع يضع قواعد عامة ينظم بها مركز موظفى الدولة جميعهم فلا تؤثر القواعد العامة اللاحقة على القواعد الخاصة السابقة بل تبقى هذه باعتبارها استثناء .

فى حين يذهب فريق آخر من الشراح إلى أن القاعدة فى هذا الصدد هى أن القواعد العامة الجديدة تعطل القواعد الخاصة السابقة من وجه أنها تلغيها صراحة أو ضمنا إلا فى حالة ما إذا نصت القواعد العامة الجديدة على بقاء

القواعد الخاصة السابقة ، أو كان هناك من الظروف الخاصة ما يقتضى بقاء تلك القواعد الخاصة السابقة كما إذا كانت الظروف الخاصة التى أدت إلى تلك القواعد الخاصة لاتزال قائمة . وفى هاتين الحالتين تبقى تلك القواعد الخاصة قائمة رغم صدور قواعد عامة لاحقه متعارضة مع تلك القواعد الخاصة .

والرأى الثانى أكثر اتفاقاً مع المنطق من الرأى الأول الذى يعتبر بقاء الأحكام الخاصة السابقة من قبيل الاستثناء من القواعد العامة اللاحقة مع أن المعهود أن يكون الاستثناء لاحقاً على القاعدة أو معاصراً لها . أما أن يكون سابقاً عليها فلا يكون إلا بنص فى القواعد العامة الجديدة يسمح ببقاء القواعد الخاصة .

٢٨٣ — الصورة الثانية للإلغاء الضمنى : تنظيم التشريع الجديد للموضوع الذى سبق أن قرر قواعده التشريع القديم — إذ يدل هذا على رغبة المشرع فى تصفية الماضى . والفرض هنا أنه لاتعارض بين أحكام التشريع الجديد وأحكام التشريع القديم فى تنظيم نفس الموضوع ، ومع ذلك يترتب على تنظيم التشريع الجديد لنفس الموضوع من جديد إلغاء أحكام التشريع القديم بناء على أن المشرع ، إذ ارتأى تنظيم الموضوع نفسه من جديد لابد أن يكون قصده هو إلغاء التشريع السابق الذى كان ينظم نفس الموضوع من قبل .

٢٨٤ — هل توجد طرق أخرى للالغاء : يتبين من سياق المادة الثانية من التقنين المدنى أن طرق الإلغاء قد وردت على سبيل الحصر . ويترتب على ذلك أن لا تزول عن التشريع فاعليته ولو زالت الظروف التى كانت السبب فى وضع ذلك التشريع . وتبعاً لذلك لا وجه لصحة القاعدة التى تقول إن التشريع ينتهى بانتهاء السبب الذى أدى إلى وجـــوده *Cessante ratione legis cessat et ipsa lex* يوجه ذلك أنه مما لا تؤمن

عواقبه أن يكون للفرد فى كل حالة أن يقدر بنفسه ما إذا كانت العلة من وجود القانون قد انتهت أم لا تزال باقية . إن القانون متى صدر يجب أن يبقى نافذاً إلى أن يلغيه تشريع آخر لاحق . وعلى المشرع وحده يقع واجب أن يستبدل بقاعدة عتيقة قاعدة أخرى أكثر اتفاقاً مع الظروف الاقتصادية الحالية . فخاصية الاستقرار — وهى من العلاقات المميزة للتشريع والتى تجعل منه مصدراً كاملا للتعرف على القواعد القانونية — تقتضى أن تكون القوة الملزمة التى يتمتع بها التشريع فوق كل شك ، حتى لو صار الناس فى ضيق من نصوصه أو أصبحت تلك النصوص غير ذات فائدة[1] .

وكذلك يترتب على الطابع الحصرى لطرق الإلغاء ألا يجوز لقاعدة عرفية أن تلغى قاعدة تشريعية ، هذا فضلا عن أن القواعد العرفية ، مع كونها قواعد قانونية ، تكون أدنى من القواعد التشريعية .

كذلك لا تلغى القاعدة التشريعية بعدم استعمالها خلال مدة طويلة من الزمان . أولا لأن القانون لم ينص على عدم الاستعمال كطريق من طرق الإلغاء ، ثانياً ، لأن عدم الاستعمال قد يكون راجعاً إلى عدم كفاية القائمين على تطبيقه ، فما يلبث أن يزول هذا العائق المؤقت حتى يعود للتشريع كامل فاعليته .

ويلاحظ أنه إذا ألغى تشريع ملغ لا يترتب عليه أن يعود من تلقاء نفسه التشريع القديم الذى كان قد ألغى من قبل . ذلك أن التشريع الذى

---

(١) إلا أن هناك من الشراح من يرى أن الذوق السليم يدعو إلى عدم المبالغة فى هذا الاتجاه وأن القانون الذى أدت إلى وجوده ظروف معينة يصير بعد زوال هذه الظروف نصوصاً ميتة لا أهمية لها وأنه لذلك يجب أن ينتهى من تلقاء نفسه دون حاجة إلى إلغاء تشريعى وأنه فى هذه الحدود تصح قاعدة « يزول القانون بزوال الأسباب الداعية اليه » .

ألغى يفقد بإلغائه كل قوة ملزمة ويجب لكى يعود إلى الوجود مرة أخرى أن ينص المشرع على ذلك صراحة .

الفرع الثانى

مدى فاعلية التشريع من حيث الزمان

(تنازع القوانين من حيث الزمان)

٢٨٥ — يقصد بمدى فاعلية التشريع من حيث الزمان تحديد العلاقات التى يجب أن يحكمها التشريع عند بدء العمل به . والمقصود بتنازع القوانين من حيث الزمان أن يتنازع قانون قديم وقانون جديد حكم علاقة قانونية نشأت فى ظل قانون قديم واستمرت قائمة حتى صدر القانون الجديد . فهل يستمر القانون القديم ، بعد إلغائه ، فى حكم العلاقة التى نشأت فى ظله ، أم أن القانون الجديد هو الذى سيتولى حكم هذه العلاقة بعد إلغاء القانون القديم ؟

قد يتدخل المشرع لفض النزاع بين التشريعين فيضع قواعد ينظم بها الانتقال من تشريع إلى تشريع آخر ، وتسمى هذه القواعد بالقواعد الانتقالية ، التى تصاحب عادة التشريعات الهامة فتأتى فى مقدمة تلك القوانين أو فى آخرها أو توضع فى مكان على حدة . غير أن هذه القواعد الانتقالية غالباً ما تخالف المبادىء العامة ، لأسباب مصلحية ، بحيث لا يمكن أن نستخلص منها قاعدة أو مجموعة من القواعد يمكن تطبيقها على الحالات التى لم ينص عليها . ولهذا فإنه فى حالة عدم كفاية القواعد الانتقالية أو فى حالة عدم وجودها يسرى مبدأ عام يجب أن يستخدم فى تنظيم فاعلية القانون الجديد تجاه القانون القديم . ولقد ورد هذا المبدأ فى المادة ١٦٣ من الدستور ، إذ

تنص على أنه « لاتسرى أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ، ولا يترتب عليها أثر فيما وقع قبلها » .

٢٨٦ — على أنه يجب لتحديد نطاق عمل كل من القانونين القديم والجديد أن نستعرض ثلاثة أنواع من العلاقات :

١ — علاقة تقع لأول مرة بعد بدء العمل بالقانون الجديد ، ودون أن تكون نتيجة لواقعة حدثت قبل ذلك . هذه العلاقة تكون من اختصاص القانون الجديد وحده ولا يجوز أن يحكمها القانون القديم الذى ألغى . هذا النوع من العلاقات هو المجال الزمنى الطبيعى الذى يعمل فيه القانون الجديد . وهذا هو ما يمكن تسميته الأثر المباشر أو الفورى للقانون الجديد .

٢ — علاقة تقع فى ظل قانون قديم وتستنفد آثارها قبل بدء العمل بالقانون الجديد . هذا النوع من العلاقات يكون من اختصاص القانون القديم وحده ولا يسرى عليه القانون الجديد . وذلك بناء على نص المادة ١٦٣ التى لا تجيز أن يكون للقانون الجديد أثر فيما وقع قبل بدء العمل به . والفرض أن هذه العلاقة قد وقعت وانتهت آثارها قبل بدء العمل بالقانون الجديد فلا يجوز للقانون الجديد أن يعيد هذه العلاقة إلى الوجود مرة أخرى لينظمها من جديد . ولهذه القاعدة حكمة بالغة إذ أن ما تقتضيه الحياة الاجتماعية من ثقة واستقرار لا يجوز أن يزعزعه خوف من صدور قانون جديد يغير فى علاقات قانونية وقعت وتمت آثارها فى ظل قانون سابق . وهذا هو ما يسمى عدم رجعية القوانين أو هو المعنى المتفق عليه لهذه العبارة .

٣ — وهناك نوع ثالث من العلاقات نشأت فى ظل قانون سابق ولكنها لم تنته وقت بدء العمل بالقانون الجديد لأنها لاتتكون من عمل يتم فوراً بل من أعمال متلاحقة تتم خلال مدة من الزمن ، كالتقادم الذى يبدأ فى ظل قانون قديم ولكن لا يتم قبل بدء العمل بالقانون الجديد ، أو

لأن هذه العلاقات ، مع تمام تكوينها ، استمرت تنتج آثارها حتى بعد بدء العمل بالقانون الجديد كالبيع الذى انتقلت الملكية بمقتضاه ولكن اتفق فيه على دفع الثمن على أقساط لمدة عشر سنوات بفوائد أو كالعقود المستمرة التنفيذ كعقد الإيجار وعقد التوريد .

هذا النوع من العلاقات هو الذى يثور بشأنه التنازع بين القانون القديم والقانون الجديد : هل يستمر القانون القديم فى حكم هذه العلاقات على اعتبار أنها نشأت فى ظله أم يحكمها القانون الجديد بناء على أنها كانت قائمة وقت بدء العمل به ؟ إذا قلنا إن القانون القديم يستمر فى حكم هذه العلاقات كنا بصدد مايسمى استمرار العمل بالقانون القديم بعد إلغائه Survie de la loi ancienne وإذا كان القانون الجديد هو الذى ينطبق على هذا النوع من العلاقات فهل يعتبر هذا تطبيقاً للقانون الجديد بأثر رجعى أم يعتبر تطبيقاً من نوع آخر ؟ وهذا يقتضى أن نتكلم فى قاعدة عدم رجعية القوانين لنقف على معناها ومداها الحقيقيين . ولذا نستعرض المعايير النظرية التى قيل بها فى هذا الصدد ثم نعرض لبعض التطبيقات الوضعية .

المطلب الأول
المعايير النظرية

هذه المعايير يمكن ردها إلى نظريات ثلاث . نظرية الحقوق المكتسبة نظرية الوقائع التى تمت ، نظرية الأثر المباشر .

§ ١ — نظرية احترام الحقوق المكتسبة

٢٨٧ — ثمة نظرية قديمة تفرق ، فيما يتعلق بالآثار المستقبلة لعلاقات سابقة على القانون الجديد ، بين مايسمى الحقوق المكتسبة

ومايسمى مجرد الآمال : فاذا كان انطباق القانون الجديد على الآثار المستقبلة للعلاقات السابقة يترتب عليه إهدار حقوق مكتسبة اعتبر تطبيقه بأثر رجعى . ولذا يجب أن تستمر هذه الآثار خاضعة للقانون القديم رغم إلغائه . اما إذا لم يترتب على تطبيق القانون الجديد على هذه الآثار المستقبلة إهدار حق مكتسب بل إهدار مجرد أمل لا يعد تطبيق القانون الجديد على هذه الآثار تطبيقاً بأثر رجعى ولذا يجب تطبيقه دون القانون القديم .

٢٨٨ — ويعرف أنصار هذه النظرية الحق المكتسب بأنه الحق الذى نشأ من علاقة تصلح لإنتاجه وفقاً للقانون المطبق وقت نشوئه ، والذى دخل فى ذمة الشخص قبل بدء العمل بالقانون الجديد . أما مجرد الأمل فيعرفونه بأنه مجرد الوسيلة لاكتساب الحق . مثال ذلك حق الموصى له ، إذ لا يعتبر حقاً مكتسباً إلا بعد موت الموصى أما قبل ذلك فيعتبر مجرد أمل . وعلى ذلك إذا صدر قانون يقلل مقدار مايجوز الإيصاء به فإن تطبيق هذا القانون على الموصى له يكون رجعياً وبالتالى ممنوعاً إذا كان القانون قد صدر بعد موت الموصى ، إذ يعتبر تطبيقه عندئذ إهداراً لحق اكتسبه الموصى له ودخل فى ذمته قبل العمل بالقانون الجديد . أما إذا صدر القانون الجديد قبل موت الموصى فإن تطبيقه فور صدوره على الوصية القائمة لا يعتبر رجعياً ويكون بالتالى جائزاً لانه لايهدر حقاً مكتسباً بل مجرد أمل .

٢٨٩ — تقدير هذه النظرية : مع انتشار هذه النظرية واعتناق بعض التقنينات لها عيب عليها أنها تصدر عن طابع فردى . وانها لا تنطبق إلا فى نطاق القانون الخاص وعلى الحقوق المالية فقط دون الحقوق غير المالية ، فى حين أن قاعدة عدم الرجعية تسود القانون كله ، فهى تطبق فى القانون الجنائى حيث لايجوز أن يقال إن الشخص قد اكتسب حقاً فى ألا يعاقب أو اكتسب حقاً فى أن يعاقب بعقوبة أخف . ثم إن تطبيقها على حق الملكية يحول دون امكان تطبيق القانون الجديد الذى يعدل فى نظام الملكية

باعتبار أن حق الملكية حق دائم ، وما دام أنه اكتسب قبل صدور القانون الجديد لا ينطبق عليه ذلك القانون دون أن يوسم بأنه ذو أثر رجعى . هذا إلى صعوبة التفرقة بين ما يعد حقاً مكتسباً وما يعد مجرد أمل .

§ ٢ — نظرية الوقائع التى تمت

٢٩٠ — تصدر هذه النظرية عن فكرة معينة هى أن القانون الذى يحكم الواقعة هو القانون الذى تمت فى ظله هذه الواقعة tempus regit factum بمعنى أن الواقعة تخضع من حيث شروطها الشكلية والموضوعية وآثارها الماضية والحاضرة والمستقبلة للقانون التى تمت فى عهده ما لم ينص القانون الجديد على استبعاد حكم القانون القديم .

ويترتب على هذه النظرية أن القانون الجديد يكون ذا أثر رجعى إذا طبق على الآثار الماضية أو على الآثار الحاضرة أو على الآثار المستقبلة لواقعة تمت فى ظل قانون قديم . وبعبارة أخرى يكون من مقتضى قاعدة عدم الأثر الرجعى للقانون الجديد أن الآثار الماضية والحاضرة والمستقبلة للواقعة التى تمت فى ظل قانون قديم تكون بمنأى عن طائلة القانون الجديد . والمقصود بالآثار الماضية الآثار التى تمت وانتهت فى ظل قانون قديم (كالالتزام الذى نفذ ، والتقادم الذى تم ، والنزاع الذى فصل فيه بحكم حاز قوة الأمر المقضى) . والآثار الحاضرة هى الآثار التى لا تزال قائمة بناء على علاقة لا تزال موجودة (كالعقد الذى أبرم ولم يحصل تنفيذه بعد) . أما الآثار المستقبلة فهى الآثار التى لم تنشأ بعد من علاقة أو واقعة تمت فى ظل قانون قديم ولكن يمكن أن تنشأ ، أى الآثار التى يتوقف تحققها على ظرف أو مناسبة أو إرادة أحد الطرفين .

وبذلك يكون من نتائج مبدأ عدم الرجعية عدم المساس بالآثار التى

انقضت ، والإبقاء على الآثار القائمة ، والمحافظة على إمكان إنشاء الواقعة القديمة آثاراً مستقبلة فى ظل القانون الجديد ، وذلك على اعتبار أن هذه الآثار ليست وقائع جديدة بل موجودة ضمن واقعة قديمه ثم لا تلبث أن تتحقق فى وقت لاحق .

٢٩١ — شروط تطبيق هذه النظرية : يشترط لانطباق هذه النظريه ، أى استبعاد تطبيق القانون الجديد ، شرطان : الأول أن تكون هناك واقعة قانونية ، الثانى أن تكون هذه الواقعة قد تمت .

١ — فيجب أن تكون هناك واقعة قانونية : والواقعة القانونية هى كل واقعة يترتب عليها آثار قانونية تتكون من إنشاء علاقة قانونية أو تعديلها أو القضاء عليها . هذه الواقعة قد تكون طبيعية كالموت أو هلاك الشىء وقد تكون إرادية كالوصية أو العقد أو العمل غير المشروع . وقد تكون بسيطة تتكون من عنصر واحد وقد تكون مركبة إذا كانت تتكون من جملة عناصر يجب توافرها جميعاً حتى يتحقق الأثر المطلوب . وقد تكون فورية إذا كانت تتم فى لحظة واحدة ، وقد تكون مستمرة أو ممتدة إذا كانت تتكامل خلال مدة من الزمن كالتقادم .

٢ — ويجب أن تكون الواقعة قد تمت : ويتوقف اعتبار الواقعة قد تمت على نوع تلك الواقعة : فإن كانت من الوقائع البسيطة التى تكتمل فى لحظة فإنها تعتبر تامة بمجرد وقوعها . وإن كانت الواقعة مركبة ، أى تتكون من جملة عناصر ، فإنها لا تعتبر تامة إلا إذا توافرت جميع عناصرها ، أى عند تحقق آخر عنصر فيها .

أما إن كانت الواقعة مستمرة أو ممتدة ، أى تتكامل خلال مدة من الزمن ، فلا تعتبر الواقعة قد تمت إلا بانتهاء تلك المدة .

٢٩٢ — نتائج هذه النظرية : وعلى ذلك إذا تخلف أحد الشرطين

السابقين لا نكون بصدد قاعدة عدم رجعية القانون بمعنى أن القانون الجديد يطبق فوراً دون أن يكون تطبيقه ذا أثر رجعي .

١ — فإذا كانت الواقعة لم تتم قبل صدور القانون الجديد ، فانها لا تتمتع بحصانة عدم الأثر الرجعي للقانون الجديد بل يحكمها القانون الجديد الذي بدأ العمل به وهي لا تزال في دور التكوين . ومثال هذا الفرض التقادم الذي بدأ في ظل قانون قديم ولم يكن قد تكامل وقت بدء العمل بالقانون الجديد .

٢ — كذلك لا يجوز التمسك بقاعدة عدم الأثر الرجعي الجديد حيث لا يصادف القانون الجديد ما يعتبر من قبيل الوقائع القانونية . ولا يعتبر من قبيل الوقائع القانونية الحالات والمراكز القانونية والأهلية ، ولذا فإن هذه الأوضاع تخضع دائماً للقانون الجديد الذي لا يعتبر تطبيقه في هذه الأحوال تطبيقاً بأثر رجعي .

٢٩٣ — تقدير هذه النظرية : هي توسع من نطاق تطبيق القانون القديم إذ تجعل من اختصاصه تنظيم جميع آثار الواقعة التي تمت في ظله سواء في ذلك الآثار الماضية والآثار التي كانت قائمة وقت بدء العمل بالقانون الجديد والآثار التي يمكن أن تنشأ في المستقبل . وهي بذلك تضيق من نطاق تطبيق القانون الجديد إذ تجعل تطبيق القانون الجديد على الآثار الحاضرة والمستقبلة لواقعة تمت في ظل قانون قديم تطبيقاً بأثر رجعي وبالتالي غير جائز إلا بنص وبذلك يقتصر تطبيق القانون الجديد على الوقائع التي تقع بعد العمل به أو التي بدأت في ظل قانون قديم ولم تتم وقت بدء العمل بالقانون الجديد .

غير أنه يؤخذ على هذه النظرية أنها تؤدي إلى تعدد التشريعات التي تحكم علاقات قانونية من طبيعة واحدة إذ مقتضى هذه النظرية أن يستمر التشريع القديم مطبقاً على الآثار الحالية والمستقبلة لواقعة تمت في ظله ، في

حين يطبق القانون الجديد على علاقة من نفس الطبيعة وقعت بعد بدء العمل به . وإن تعدد التشريعات التي تطبق على علاقات ذات طبيعة واحدة من شأنه أن يفضى إلى الخلط .

وكذلك أخذ على مبدأ امتداد القانون القديم انه يوائم النظم السياسية المحافظة التي بدلا من أن تعدل النظم القانونية القائمة ، عن طريق الإصلاح الداخلي ، تكتفى بأن تنشىء نظماً أخرى لمواجهة الحاجات الجديدة ، وفى هذا إغفال لوظيفة التشريع فى الجماعة الحديثة وهى إصلاح عادات المجتمع وفقاً للمثل الأعلى الذى ينشده الرأى العام المستنير .

§ ٣ — نظرية الأثر المباشر

٢٩٤ — مؤدى هذه النظرية أن المقتضى المنطقى والطبيعى للقانون الجديد هو أن ينطبق القانون الجديد من وقت بدء العمل به على الوقائع الجديدة التي تنشأ لأول مرة بعد بدء العمل به وعلى الآثار الحالية والمستقبلة لوقائع قديمة نشأت فى ظل قانون سابق . ولكن لاينطبق على الآثار الماضية لتلك الوقائع وإلا كان تطبيقه بأثر رجعى وبالتالى غير جائز .

ويترتب على هذه النظرية أن يكون مفهوم الأثر الرجعى للقانون الجديد أضيق مما كان له وفقا للنظرية السابقة التي تعتبر من قبيل تطبيق القانون بأثر رجعى انطباقه لاعلى الآثار الماضية لواقعة تمت فى ظل قانون قديم فحسب ، بل أيضاً على الآثار الحالية والمستقبلة لتلك الواقعة . اما وفقا لنظرية الأثر المباشر فيعتبر من قبيل الأثر الرجعى المحرم أن يطبق على الآثار الماضية لواقعة حدثت فى ظل قانون قديم . أما انطباقه على الآثار الحالية والمستقبلة لتلك الواقعة فلا يعتبر أثراً رجعياً بل يعتبر تطبيقاً بأثر مباشر .

٢٩٥ — تقدير هذه النظرية : بفضل هذه النظرية أمكن تمييز الأثر

الرجعى بالمعنى الصحيح (المحرم) عن الأثر الرجعى (المزعوم) والذى يعتبر فى الحقيقة أثراً مباشراً : ذلك أنه عند ماينظم تشريع علاقة معينة على نحو معين فإنما يقصد أن يظل هذا التنظيم قائماًمابقى ذلك التشريع . فإذا فرضنا أن تشريعاً حدد نطاق حق الملكية على نحومعين فمن المؤكد أن هذا التشريع لم يقصد إلزام المشرعين فى المستقبل باحترام ذلك النص الذى وضعه . هو لم يقصد أبداً أن يتعهد للملاك بأن ملكياتهم لن تمس أبد الدهر . ولذا فإذا صدر قانون جديد يضيق من نطاق حق الملكية فمن المؤكد أن يطبق هذا القانون على جميع الملكيات حتى مانشأ منها فى الماضى ولا يكون هذا التطبيق تطبيقاً بأثر رجعى ، إذ الأثر الرجعى بالمعنى الصحيح لا يكون إلا حيث يطبق القانون الجديد على علاقة ماضية كان يجب لذلك أن تكون خاضعة للقانون القديم . أما هنا فالأمر مختلف جدا . فعلاقة الملكية هى علاقة مستمرة ، يتوقف نطاقها كل يوم على مشيئة القانون الجديد . وكذا القول فى جميع الأوضاع الجارية ، المستمرة التى يعتبر تطبيق القانون الجديد عليها تطبيقا مباشراً وليس تطبيقاً بأثر رجعى .

كذلك يحمد لهذه النظرية أنها — إذ تستبعد استمرار تطبيق القانون القديم حتى بالنسبة للآثار الحالية والمستقبلة لوقائع ماضية — تمنع ظاهرة تعدد التشريعات التى تحكم علاقات من طبيعة واحدة ، وبذلك تكون العلاقات التى من طبيعة واحدة خاضعة فى معظم الأحوال لقانون واحد هو القانون الجديد . ولهذا كانت هذه النظرية خيراً من نظرية الواقعة التى تمت ، ونظرية الحقوق المكتسبة ، إذ يترتب على كل منهما أن يستمر القانون القديم مطبقاً ، بعد إلغائه ، على الآثار المستقبلة التى تنشأ من علاقة قديمة ، وقد يستمر تطبيقه مدة طويلة جدا قد تمتد إلى مالا نهاية إذا كان الحق الذى يحكمه القانون القديم حقاً دائماً كحق الملكية ، وهذا ضار من وجه أنه يعوق الإصلاحات الاجتماعية عن طريق التشريع ، فضلا عما يؤدي

إليه من تعدد التشريعات التى تحكم علاقات من طبيعة واحدة مما يفضى إلى الخلط .

٢٩٦ — حاصل القول أن القانون الجديد يطبق بأثر مباشر (لا بأثر رجعى) فى الأحوال الآتية :

١ — فهو يطبق على الوقائع الجديدة التى حدثت بعد صدوره ، والوقائع التى نشأت فى ظل قانون سابق ولكن كانت وقائع مركبة لم تتوافر جميع عناصرها وقت بدء العمل بالقانون الجديد أو كانت وقائع ممتدة لا تتم إلا فى خلال مدة معينة ولم تكن هذه المدة قد اكتملت وقت بدء العمل بالقانون الجديد .

٢ — وهو يطبق كذلك على الأوضاع المستمرة كالحالات والأهليات والصفات القانونية التى تخول الانتفاع بحقوق معينة وعدم التقيد بالتزامات معينة .

٣ — وهو يطبق كذلك على الآثار الحالية والمستقبلة لوقائع تمت فى ظل قانون سابق .

٢٩٧ — استثناء : غير أنه يرد على قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد استثناء هام فيما يتعلق بالآثار الحالية المستقبلة للعقود التى كانت قائمة وقت صدور القانون الجديد ، إذ يطبق على هذه الآثار القانون القديم التى أبرمت هذه العقود فى ظله ، كلما كانت قواعد القانون الجديد قواعد غير آمره . ويوجه هذا الاستثناء أنه يحسن عدم اهدار ما رتبه المتعاقدون على عقودهم حتى لا تنعدم فائدة إبرام عقود طويلة الأجل إذا كانت هذه العقود تتغير دائماً بتغير التشريعات . ثم إن هذا الاستثناء مشروط بشرط هام هو ألا تكون قواعد القانون الجديد قواعد آمرة . فإن كانت قواعده آمرة لا يجوز استمرار تطبيق القانون القديم ، بل يطبق القانون الجديد فور بدء العمل به .

ولا يعترض على هذا الاستثناء أنه يؤدى إلى تعدد التشريعات التى تحكم علاقات من طبيعة واحدة ، قواعد القانون القديم وقواعد القانون الجديد ، إذ مادمنا بصدد عقد ومادامت قواعد القانون الجديد غير آمرة فإنه يجوز دائماً للمتعاقدين استبعاد تلك القواعد واختيار قواعد أخرى بدلا منها لتنظيم علاقتهما مما يؤدى حتما إلى وجود نوعين من القواعد : قواعد تشريعية مكملة وقواعد اتفاقية .

۲۹۸ — قاعدة عدم سريان القانون على الماضى : الآن وقد تحدد المفهوم الحديث لقاعدة عدم رجعية القانون ، (وهو أن القانون الجديد لايجوز أن يطبق على الآثار الماضية لوقائع تمت فى ظل قانون قديم) ، نقول إن هذه القاعدة تصدق على جميع النظام القانونى ، فهى تعمل فى القانون العام وفى القانون الخاص على السواء . وتمتد إلى كل قاعدة قانونية ولو كانت ناشئة من لائحة أو من عرف .

غير أنه ينبغى أن نعلم أن هذه القاعدة تقيد القاضى ولا تقيد المشرع فلا يجوز للقاضى أن يطبق قانونا بأثر رجعى ولكن يجوز للمشرع أن يصدر قوانين ويجعل لها أثراً رجعياً بحيث تطبق على الآثار الماضية لوقائع تمت فى ظل قانون قديم بأن تعدل أو تمحو هذه الاثار . وهو إذ يفعل ذلك إنما يفعله بناء على اعتبارات سياسيه تحقيقاً لمصالح عامة . وليس من قيد على سلطه المشرع فى إصدار قوانين بأثر رجعى إلا قيد واحد هو أن يكون القانون جنائياً إذ لايجوز للمشرع أن يصدر قانوناً جنائياً يجرم به فعلا أو يزيد به عقوبة ثم يطبقه على وقائع سابقة على صدوره . وقد نص على هذا القيد فى المادة ١٦٣ من الدستور التى بعد أن نصت على مبدأ عدم سريان القانون على الماضى ، قالت : ومع ذلك يجوز — فى غير المواد الجنائية — النص فى القانون على خلاف ذلك بموافقة أغلبية أعضاء مجلس الأمة .

٢٩٩ — والرأى الغالب هو أن خروج المشرع على قاعدة عدم سريان القانون الجديد على الماضى يجب أن يكون بنص صريح ، وهذا هو أيضاً مقتضى نص المادة ١٦٣ من الدستور . ومع ذلك يذهب بعض الشراح إلى أنه لا يلزم لكى يطبق القانون بأثر رجعى أن تكون إرادة المشرع صريحة فى هذا الصدد ، بل يكفى أن يستخلص ذلك بصفة مؤكدة من إرادة المشرع الضمنية ، متى تبين أن تطبيق القانون بأثر رجعى ضرورى لتحقيق أهداف القانون الجديد . ويستند أنصار هذا الرأى إلى اعتبارين ، الأول هو أن قاعدة عدم الرجعية هى قاعدة يغلب فيها النزعة الفردية على النزعة الاشتراكية وأن مقتضى النظام الاشتراكى هو أن يكون للقانون العام الغلبة على القانون الخاص . الثانى هو أن مسألة الرجعية وعدم الرجعية فى القوانين هى مسألة تفسير ، وأن التفسير فى الوقت الحاضر يهدف إلى تكوين إرادة المشرع كما يجب أن تكون لا كما هى ظاهرة من عباراته .

إلا أنه يلاحظ على هذا الرأى أن أنصاره يفرقون فى هذا الصدد بين نوعين من الرجعية ، رجعية ضعيفة ، وهذه يجوز أن يؤخذ فيها بالاستنتاج ورجعية متشددة ، وهذه يجب أن يكون النص عليها صريحاً . ويقصدون بالرجعية الضعيفة تلك التى لا تطبق القانون الجديد على الآثار الماضية بل على الآثار المستقبلة لوقائع ماضية ، وقد رأينا أن هذه ليست رجعية بالمعنى الدقيق بل تعتبر تطبيقاً للقانون الجديد بأثر مباشر ، وأن هذا الأثر المباشر هو المقتضى المنطقى الطبيعى للقانون الجديد ، أما الرجعية المتشددة فيقصدون بها تلك التى يكون من شأنها تطبيق القانون الجديد على الآثار الماضية لوقائع تمت فى ظل قانون قديم ، وهذه الرجعية المتشددة التى يستلزمون أن يكون النص عليها صريحاً هى الرجعية بالمعنى الدقيق . وبذلك يكون حاصل هذا الرأى فى الحقيقة هو أن الأثر الرجعى بالمعنى الذى اخترناه لهذه العبارة يجب أن

ينص عليه المشرع صراحة فلا يؤخذفيه بالاستنتاج أى لاتكفى فيه الإرادة الضمنية .

٣٠٠ — ومن الأمثلة التى تضرب عادة للقوانين ذات الأثر الرجعى ، القوانين المفسرة والقوانين الجنائية التى تكون أصلح للمتهم .

(ا) القوانين المفسرة : هذه القوانين لا تكون ذات أثر رجعى إلا من حيث الظاهر فقط ، ذلك أنها إذ تقتصر على تحديد معنى قانون سابق تعتبر جزءاً من ذلك القانون ولكن لما كان الغالب أن يأتى المشرع ، تحت ستار القوانين المفسرة ، بقواعد جديدة لا تعد جزءاً من القوانين السابقة إلا من حيث المجاز ، أمكن اعتبار القوانين المفسرة قوانين ذات أثر رجعى صريح .

(ب) القوانين الجنائية : وهذه تكون ذات أثر رجعى عندما تكون أصلح للمتهم ، بخلاف ما إذا كانت تنص على جرائم جديدة أو عقوبات أشد فلا يمكن أن يكون لها أثر رجعى .

المطلب الثانى

بعض الحلول الوضعية فى تنازع القوانين من حيث الزمان

٣٠١ — أورد المشرع المصرى حلولا لبعض مسائل تنازع القوانين فى التقنين المدنى وتقنين المرافعات وتقنين العقوبات .

§ ١ — تنازع القوانين من حيث الزمان فى التقنين المدنى

٣٠٢ — وردت فى التقنين المدنى حلول لتنازع القوانين فى الزمان ، فى مسائل الأهلية (م ٦) ، والتقادم (م ٧ و ٨) والإثبات (م ٩) .

٣٠٣ — (١) *تنازع القوانين من حيث الزمان فى مسائل الأهلية* : نصت المادة ١/٦ من التقنين المدنى الحالى على أن « النصوص المتعلقة بالأهلية تسرى على جميع الأشخاص الذين تنطبق عليهم الشروط المقررة فى هذه النصوص » .

مقتضى هذه الفقرة أن القانون الجديد الذى يشتمل على نصوص متعلقة بأهلية الأشخاص تسرى فور صدورها على جميع الأشخاص ، سواء أكان هذا القانون يرفع سن الرشد فيكون من أثره أن يعود شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص القانون الجديد ، أم كان هذا القانون ينقص سن الرشد فيصبح الشخص الذى كان قاصراً فى نصوص القانون القديم كامل الأهلية بحسب نصوص القانون الجديد .

ويعتبر هذا الحكم تطبيقاً لقاعدة الأثر المباشر أو الفورى للقانون الجديد . ويوجه ذلك أن الأهلية هى حالة قانونية مستمرة يترتب على توافرها فى الشخص أن يجوز له اكتساب حقوق معينة وممارسة هذه الحقوق ، ولذا كانت منوطة بإرادة المشرع ، الذى يستطيع أن يعدل فيها فى كل وقت حسبما يتراءى له ولذا أيضاً ينطبق القانون الجديد دائماً فى مسائل الأهلية .

ولكن إذا فرضنا أن الشخص الذى ارتد قاصراً بمقتضى القانون

الجديد بعد أن كان رشيداً وفقاً للقانون القديم كان قد أبرم تصرفات وقت أن كان رشيداً فما مصير هذه التصرفات ؟ تقول الفقرة الثانية من المادة ٦ مدنى إنه « إذا عاد شخص توافرت فيه الأهلية بحسب نصوص قديمة ناقص الأهلية بحسب نصوص جديدة فإن ذلك لا يؤثر فى تصرفاته السابقة » .

وهذا الحل تطبيق لقاعدة عدم انطباق القانون الجديد بأثر رجعى ، بناء على أن التصرفات التى أبرمها الشخص والتى كانت تعتبر صحيحة وقت إبرامها هى وقائع تمت فى ظل قانون قديم فلا يجوز أن ينطبق عليها القانون الجديد ، وإلا كان ذا أثر رجعى ، وهذا غير جائز بدون نص من المشرع على ذلك .

٣٠٤ — (٢) تنازع القوانين من حيث الزمان فى مسائل التقادم : نصت المادة ١/٧ على أنه تسرى النصوص الجديدة المتعلقة بالتقادم من وقت العمل بها على كل تقادم لم يكتمل . هذا الحل تطبيق لنظرية الأثر المباشر للقانون الجديد ، التى تجيز تطبيق القانون الجديد على الوقائع الممتدة التى لم تكتمل مدتها وقت صدوره .

وتنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أن « النصوص القديمة هى التى تسرى على المسائل الخاصة ببدء التقادم ووقفه وانقطاعه ، وذلك عن المدة السابقة على العمل بالنصوص الجديدة » . ويعتبر هذا تطبيقاً لقاعدة عدم سريان القانون الجديد على الماضى ، أى على وقائع تمت فى ظل قانون قديم : فواقعة بدء التقادم فى ذاتها تعتبر قد تمت فى ظل قانون قديم . كذلك واقعة وقف التقادم وواقعة انقطاعه . فإذا صدر قانون يغير من شروط اعتبار التقادم قد بدأ أو وقف أو انقطع

فلا يطبق على البدء أو الوقف أو الانقطاع الذى تحقق قبل صدور ذلك القانون .

٣٠٥ — *مدة التقادم وكيفية حسابها* : قد يصدر قانون جديد يحدد للتقادم مدة أقصر مما يقرره النص القديم . عندئذ يكون مقتضى الأثر المباشر أن يطبق القانون الجديد على كل تقادم لم يكتمل فتطبق المدة القصيرة بدلا من المدة الطويلة . فإذا فرضنا أن المدة القديمة للتقادم هى ١٥ سنة وأن المدة التى نص عليها القانون الجديد هى ١٠ سنوات ، وكان قد مضى من المدة القديمة أربع سنوات مثلا ، فكيف تحسب المدة الجديدة وهى عشر سنوات ؟ هل تدخل فيها المدة التى مضت وهى أربع سنوات فلا يبقى لاكتمال التقادم إلا ست سنوات أم يصرف النظر عن الزمن الذى مر من قبل وتفتتح مدة جديدة تبدأ من وقت العمل بالقانون الجديد ؟ كان يمكن أن تحسب المدة الماضية ضمن المدة الجديدة فيكتمل التقادم بإضافة ست سنوات فيصير مجموع المدة عشر سنوات وهى المدة الجديدة التى يتطلبها القانون الجديد . إلا أن التقنين المدنى اتخذ حلا آخر فنص فى المادة ١/٨ على أنه « إذا قرر النص الجديد مدة للتقادم أقصر مما قرره النص القديم سرت المدة الجديدة من وقت العمل بالنص الجديد ولو كانت المدة القديمة قد بدأت بالفعل » . معنى هذا أنه لم يشأ أن تسرى المدة الجديدة من وقت بدء التقادم بحيث تدخل فيها المدة التى انقضت من قبل ، بل قرر أن المدة الجديدة لا تسرى إلا ابتداء من العمل بالقانون الجديد وبذلك أسقط المدة السابقة التى انقضت من التقادم فى ظل القانون القديم . ويعتبر هذا تقييداً لقاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد .

ولعل المشرع قدر أن فى إضافة المدة القديمة تعجيلا لاكتمال التقادم وبذلك يفوت الفرصة على من يسرى التقادم ضده فى أن يحول دون اكتمال

التقادم . ولهذا جعل بداية سريان المدة الجديدة هو بدء العمل بالقانون الجديد لا الوقت الذى بدأ فيه التقادم فى ظل القانون القديم .

٣٠٦ — وقد يحدث أن تنقضى من التقادم فى ظل القانون القديم مدة طويلة بحيث تصير المدة الباقية لاكتمال التقادم أقصر من المدة الجديدة كلها ، كأن يمضى من مدة التقادم القديمة (وهى ١٥ سنة بحسب الفرض) مدة ثمان سنوات وقت بدء العمل بالقانون الجديد ، وعندئذ تكون المدة الباقية لاكتمال المدة القديمة هى سبع سنوات وهى أقصر من المدة الجديدة ، مدة العشر سنوات . هنا وجد الشارع أنه لو بدأ حساب مدة العشر سنوات من يوم العمل بالقانون الجديد أى بإسقاط المدة السابقة (وهى ثمان سنوات) لكان مجموع المدة التى يستغرقها التقادم هى ١٨ سنة وهى مدة أطول من المدة القديمة التى أراد المشرع بالنص الجديد أن يخفضها إلى عشر سنوات . ولذا لم يطبق قاعدة الأثر المباشر للقانون الجديد فى هذه الحالة وطبق قاعدة أخرى هى استمرار القانون القديم فى حكم التقادم الذى بدأ فى ظله .

٣٠٧ — وثمة فرض آخر لم يعالجه القانون وهو أن يقرر النص الجديد مدة للتقادم أطول مما قرره النص القديم (٢٠ سنة بدلا من ١٥ سنة) . وهنا أيضاً يطبق القانون الجديد على كل تقادم بدأ ولم تكتمل مدته قبل صدور ذلك القانون . فإذا كان قد مضى من المدة القديمة تسع سنوات فإن حساب المدة الجديدة (٢٠ سنة) يسري من وقت بدء التقادم فى ظل القانون القديم وليس من وقت بدء العمل بالقانون الجديد . فهذا هو مقتضى الأثر المباشر للقانون الجديد وبذلك يجب أن تستمر مدة التقادم إحدى عشرة سنة حتى تتم مدة العشرين سنة .

٣٠٨ — (٣) تنازع القوانين فى مسائل الأدلة المعدة للإثبات : تنص المادة ٩ من التقنين المدنى على أنه « تسرى فى شأن الأدلة التى تعد

مقدما النصوص المعمول بها فى الوقت الذى أعد فيه الدليل أو فى الوقت الذى كان ينبغى فيه إعداده » . معنى هذه المادة أن الدليل الذى يعده صاحب الشأن ، أو كان يجب أن يعده لإثبات الواقعة عند النزاع يخضع للقانون الذى كان قائماً وقت إعداد هذا الدليل أو فى الوقت الذى يجب فيه إعداد هـذا الدليل . فإذا كان الدليل الذى يجوز أن يحصل به الإثبات وقت نشوء الواقعة هو الشهادة ، وجب أن يجوز إثبات تلك الواقعة بالشهادة ولو صدر وقت النزاع قانون جديد يحرم الإثبات بالشهادة ويتطلب أن يكون الإثبات بالكتابة . فإذا فرضنا أن شخصاً أقرض شخصاً آخر مبلغ عشرة جنيهات فى ظل قانون يجيز إثبات هـذا المبلغ بشهادة الشهود ولذا لم يهيء المقرض دليلا كتابياً لهذا القرض اتكالا على أنه يجوز الإثبات بشهادة الشهود ، ثم صدر قانون جديد يشترط الإثبات بالكتابة فيما يزيد على خمسة جنيهات . لا يطبق القانون الجديد فى هذه الحالة بل يستمر العمل بالقانون القديم الذى حصل القرض فى أثناء وجوده . وبذلك يجوز للمقرض أن يثبت حقه بشهادة الشهود .

ويمكن اعتبار هذا الحل تطبيقاً للاستثناء الوارد على قاعدة الأثر المباشر ، ذلك الاستثناء الذى يقضى باستمرار تطبيق القانون القديم فى حكم العقود التى أبرمت فى ظله فيما يتعلق بآثارها المستقبلة .

§ ٢ — تنازع القوانين من حيث الزمان فى تقنين المرافعات

أورد تقنين المرافعات فى المادة الأولى والثانية منه حلولا تتعلق بتنازع القوانين من حيث الزمان .

٣٠٩ — (١) فنصت المادة الأولى من ذلك التقنين على أن « قوانين المرافعات تسرى على ما لم يكن قد فصل فيه من الدعاوى أو تم من الاجراءات قبل تاريخ العمل بها » .

وتعتبر هذه المادة تطبيقاً لقاعدة الأثر الفورى للقانون الجديد ،

(ولقاعدة عدم سريان القانون الجديد على الوقائع الماضية) فما دام أن الدعوى لم يتم الفصل فيها ، أو أن الإجراءات لم تتم ، فعندئذ لا يكون تطبيق القانون الجديد عليها ذا أثر رجعى وبالتالى غير جائز ، بل يكون تطبيقاً فورياً أو مباشراً . وعلى ذلك يكون مؤدى هذه المادة أنه إذا صدر قانون جديد يعـــدل فى الاختصاص أو فى الإجراءات فإنه يطبق فور العمل به على الدعاوى التى لا تزال قائمة لم يفصل فيها وعلى الإجراءات التى لم تتم .

٣١٠ — غير أن هذه المادة بعد أن نصت على قاعدة الأثر الفورى لقانون المرافعات أوردت استثناءات ثلاثة على هذه القاعدة ، قضت فيها باستمرار العمل بالقانون القديم بعد إلغائه .

١ — الاستثناء الأول : وهو يتعلق بالقوانين المعدلة للاختصاص متى كان تاريخ العمل بها بعد إقفال باب المرافعة فى الدعوى : مؤدى هذا الاستثناء أن القوانين التى تعدل الاختصاص فتنقله من محكمة لأخرى لا تطبق على الدعاوى التى تكون قائمة وقت صدوره إذا كانت هذه الدعاوى قد قطعت شوطاً طويلا حتى وصلت إلى مرحلة إقفال باب المرافعة وحجزها للحكم .

والحكمة من هـذا الاستثناء حكمة عملية وهى أنه ليس من المصلحة ، بعد أن نظرت المحكمة الدعوى وأتمت تحقيقها وسمعت المرافعة فيها وحجزتها للحكم فيها ، أن تنقل الدعوى إلى محكمة أخرى لتبدأ كل هذا من جديد . لذا رأى المشرع أن الأفضل عدم تطبيق الأثر الفورى للقانون الجديد فى هذه الحالة وترك الدعوى للمحكمة الأولى التى كانت مختصة بالفصل فيها وفقاً للقانون القديم .

٢ — الاستثناء الثانى : وهو يتعلق بالقوانين المعدلة للمواعيد متى كان الميعاد قد بدأ قبل تاريخ العمل بها : مقتضى هذا الاستثناء أن القانون الذى يعدل المواعيد بإطالتها أو تقصيرها لا يسرى على ما بدأ من مواعيد ولو لم تتم . فإذا صدر قانون يطيل ميعاد الطعن بالمعارضة أو بالاستئناف أو يقصره فلا ينطبق على مواعيد المعارضة أو الاستئناف التى تكون قد بدأت قبل صدوره بل تستمر هذه المواعيد بالمدة التى كانت لها وفقاً للقانون القديم الذى بدأت فى ظله .

٣ — الاستثناء الثالث : وهو خاص بالقوانين المنظمة لطرق الطعن بالنسبة لما صدر من الأحكام قبل تاريخ العمل بها متى كانت ملغية أو منشئة لطريق من تلك الطرق : معنى هذا الاستثناء أن القوانين الجديدة التى تلغى طريقاً من طرق الطعن كان جائزاً من قبل أو تنشىء طريقاً من طرق الطعن لم يكن موجوداً من قبل فإنها لا تسرى على الأحكام التى صدرت قبل بدء العمل بهذه القوانين . فإذا صدر حكم فى ظل قانون يجيز الاستئناف أو المعارضة فلا ينطبق عليه القانون الجديد الذى يلغى هذا الطريق من طرق الطعن بل يستمر الحكم قابلا للطعن فيه بالاستئناف أو المعارضة وفقاً للقانون القديم .

وقد كان يمكن أن ينطبق القانون الجديد على مثل هذا الحكم ، الذى يصبح بذلك غير قابل للطعن بالمعارضة أو بالاستئناف ، دون أن يعد انطباق القانون الجديد فى هذه الحالة بأثر رجعى ، بل بأثر مباشر ، إذ الفرض أن الحكم صدر قابلا للطعن . ومن ثم يمكن اعتباره من قبيل الأوضاع المستمرة التى يكون تطبيق القانون الجديد عليها تطبيقاً مباشراً . ولكن المشرع لم يشأ أن يطبق القانون الجديد فى هذه الحالة استثناء من قاعدة الأثر الفورى أو المباشر للقانون الجديد .

أما إذا كان الحكم قد صدر غير قابل للطعن فيه وفقاً للقانون القديم

الذى كان مطبقاً وقت صدور هذا الحكم فلا يجوز أن يسرى عليه القانون الجديد الذى يجعل مثل هذا الحكم قابلا للطعن ، ذلك لأن هذا الحكم الذى صدر نهائياً يعتبر من قبيل الأوضاع التى تمت وانتهت فى ظل قانون سابق فلايجوز أن ينطبق عليها القانون الجديد وإلا كان تطبيقه بأثر رجعى وبالتالى غير جائز إلا بنص .

٣١١ — (٢) وتنص المادة ١/٢ من تقنين المرافعات على أن « كل إجراء من إجراءات المرافعات تم صحيحاً فى ظل قانون معمول به يبقى صحيحاً . . » معنى هذا أن القاعدة هى أن الإجراء الذى وقع صحيحاً وفقاً لقانون سابق لا يجوز إبطاله بناء على قانون لاحق يعتبر مثل هذا الإجراء باطلا . وهذا هو مقتضى قاعدة عدم سريان القانون على الماضى .

وبناء على ذلك إذا أعلنت صحيفة المعارضة فى ظل قانون لم يكن يشترط لصحة صحيفة المعارضة أن تشتمل على بيان الحكم المعارض فيه وأسباب المعارضة ثم يصدر قانون جديد يوجب اشتمال صحيفة المعارضة على هذه البيانات وإلا كانت باطلة ، فإن هذا القانون لا ينطبق على صحيفة المعارضة التى لم تكن تشتمل على هذه البيـــانات والتى كانت تعتبر صحيحة وفقاً للقانون القديم .

كذلك تنص المادة ٢/٢ من نفس التقنين على أن مايستحدث من مواعيد السقوط لا يجرى إلا من تاريخ العمل بالقانون الذى استحدثها . والمقصود بميعاد السقوط الميعاد الذى يجب أن يتم فى خلاله إجراء معين وإلا سقط الحق فى القيام بهذا الإجراء . ومن أمثلة ميعاد السقوط الذى استحدثه التقنين الجديد نص المادة ٩١ مرافعات على أنه « إذا لم يحضر المدعى ولا المدعى عليه أو حضر المدعى ولم يبد طلبات قررت المحكمة شطب الدعوى ... فإذا بقيت مشطوبة ستة شهور ولم يطلب المدعى السير فيها اعتبرت كأن لم تكن » .

ميعاد الستة شهور هنا ميعاد سقوط استحدثه قانون المرافعات . فإذا كانت هناك دعوى قد شطبت في ظل القانون القديم فإن ميعاد الستة أشهر الذى يترتب على انقضائه دون طلب السير فى الدعوى سقوط حق المدعى فى هذا الطلب ، لا يبدأ من تاريخ الشطب بل من تاريخ العمل بالقانون الجديد الذى استحدث ميعاد السقوط[1] .

٣ — تنازع القوانين من حيث الزمان فى التقنين الجنائى

٣١٢ — القاعدة أن القانون الجنائى لا يسرى على الماضى . غير أن تحريم سريان القانون على الماضى مقصور على القانون الجديد الذى يحرم فعلا كان مباحاً فى ظل قانون سابق أو يشدد العقوبة على فعل كانت عقوبته أخف فى ظل قانون قديم . ولذا فإنه إذا صدر قانون يخفف العقوبة أو يزيل صفة الجريمة عن فعل وقع فى ظل قانون سابق طبق ذلك القانون على الأفعال الماضية ، باعتباره أصلح للمتهم . وهذا ماقضت به المادة ٢/٥ من التقنين الجنائى بقولها « إذا صدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم فهو الذى يتبع دون غيره . وإذا صدر قانون بعد حكم نهائى ، يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه يوقف تنفيذ الحكم وتنتهى آثاره الجنائية » .

تتكلم هذه الفقرة فى فرضين : فى الفرض الأول يصدر بعد وقوع الفعل وقبل الحكم فيه نهائياً قانون أصلح للمتهم ، إما لأنه يخفف العقوبة وإما لأنه يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه . عندئذ لا يطبق إلا القانون الجديد . ويعتبر تطبيقه هنا تطبيقاً بأثر رجعى ولكن الأثر الرجعى هنا ليس له المعنى البغيض الذى من أجله تقررت قاعدة عدم سريان

(١) منصور مصطفى منصور ، المدخل للعلوم القانونية ، ١ رقم ١٤٥ ص ٢٣٩ .

القانون الجنائى على الماضى ، بل هو ينطوى هنا على معنى الرأفة بالمتهم .

وفى الفرض الثانى يقع الفعل ويحكم بسببه على المتهم بحكم نهائى ثم يصدر قانون يجعل الفعل الذى حكم على المجرم من أجله غير معاقب عليه . فى هذا الفرض يطبق القانون الجديد بأثر رجعى لمصلحة المتهم ويترتب على ذلك وقف تنفيذ الحكم وانتهاء آثاره الجنائية ، أما إذا كان القانون الجديد قد اقتصر فى هذا الفرض على تخفيف العقوبة فلا يمكن تطبيقه وذلك لأن تطبيق العقوبة المخففة يقتضى صدور حكم جديد والفرض أن الحكم الذى صدر هو حكم نهائى فلا يمكن إعادة النظر فيه .

٣١٣ — وقد يحدث أن يرتكب شخص فعلا يعتبر جريمة بمقتضى قانون مؤقت ثم تنتهى مدة العمل بذلك القانون فيصير ذلك الفعل مباحاً . ومع ذلك لايحول انتهاء فترة العمل بذلك القانون دون السير فى إجراءات الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها ، أى أن المتهم الذى اتخذت ضده إجراءات الدعوى قبل انتهاء فترة العمل بذلك القانون المؤقت لا يستفيد من انتهاء العمل بذلك القانون فلا توقف الإجراءات التى كانت قد اتخذت ضده . ولا يقف تنفيذ العقوبة التى يكون قد حكم بها عليه « إذ لايجوز أن يستفيد المتهم أو المحكوم عليه من مضى المدة التى ينهى فيها القانون عن فعل أو يأمر به وإلا ضاع الغرض المقصود من القانون » . وفى هذا تنص المادة ٥/٣ من التقنين الجنائى على أنه « فى حالة قيام إجراءات الدعوى أو صدور حكم بالإدانة فيها وكان ذلك عن فعل وقع مخالفاً لقانون ينهى عن ارتكابه فى فترة محددة فإن انتهاء هذه الفترة لا يحول دون السير فى الدعوى أو تنفيذ العقوبات المحكوم بها » .

المبحث الثانى

تطبيق القانون من حيث المكان

٣١٤ — لا يقتصر نشاط الأفراد على ما يقومون به داخل حدود دولتهم بل يمتد نشاطهم إلى خارج حدود الدولة التى ينتمون إليها . وما من دولة يكون إقليمها مقصوراً على رعاياها ، فكثيراً ما يوجد على إقليم الدولة رعايا دولة أخرى . ثم إن الأخوة العالمية تدعو إلى التعاون على مستوى عالمى وتجعل الصلات الدولية ، سواء بين الدول المختلفة أو بين أفراد الدول ، حاجة تفرض نفسها بقوة . وينشأ بالضرورة عن هـذا مسألة هامة هى معرفة نطاق تطبيق قانون الدولة : هل يحكم كل المقيمين على إقليمها من وطنيين وأجانب أم أن هناك علاقات معينة تتعلق بالأجانب يتركها قانون الدولة لحكم قانون الدولة التى ينتمى إليها هؤلاء الأجانب ، وهل يقتصر حكم قانون الدولة على حدود إقليمها أم يتجاوز هذه الحدود فيمتد إلى داخل حدود دولة أخرى ليحكم رعاياها الذين يوجدون فى تلك الدولة .

القاعدة هى أن قوانين الدولة تقتصر فاعليتها على إقليم الدولة التى أصدرتها ، وذلك لأنه إذا امتدت فاعلية قوانين الدولة إلى إقليم دولة أخرى كان فى ذلك اعتداء على سيادة هذه الدولة . وتسمى هذه القاعدة قاعدة إقليمية القوانين ، ومقتضاها أن جميع الأشخاص المقيمين على إقليم دولة معينة ، وجميع الأشياء الموجودة فى هـذا الإقليم يسرى عليها قانون تلك الدولة .

غير أن هذه القاعدة ، لا تطبق تطبيقاً صارماً ، حتى لا تؤدى إلى تعويق العلاقات الدولية ، وحتى يمكن أن تتحقق العدالة فى معاملة الأشخاص والعلاقات التى تخضع لقواعد متباينة . فليس من العدل أن لا يخضع الأجنبى إلى قانونه لمجرد أنه وجد على إقليم دولة أخرى . ولذا كان لا بد فى بعض

الأحوال أن يمتد قانون دولة معينة خارج حدود إقليمها ليحكم بعض علاقات رعايا هذه الدولة الموجودين على إقليم دولة أخرى . وتسمى هذه الظاهرة إمتداد القوانين أو شخصية القوانين ، ومؤداها إمكان امتداد حكم قوانين الدولة إلى إقليم دولة أخرى بما لا يترتب عليه المساس بسيادة هذه الدولة . وذلك لأن هذه الدولة — مع اعتبارها كائناً مستقلا لا يطبق فى إقليمه إلا ما يصدره من قوانين — تقبل بإرادتها أن يطبق فى إقليمها قانون أجنبى فى نوع معين من العلاقات .

لذا يمكن القول إنه يحكم مسألة فاعلية القوانين من حيث المكان مبدآن : مبدأ إقليمية القوانين ومبدأ امتداد القوانين أو شخصية القوانين .

وهنا يمكن الاستعانة بتقسيم القانون إلى عام وخاص ، فى تحديد مجال عمل كل من المبدأين وبعبارة أخرى يمكن أن نقسم الكلام فى فاعلية القانون من حيث المكان إلى الكلام أولا فى قواعد القانون العام ، ثم فى قواعد القانون الخاص .

الفرع الأول

تطبيق قواعد القانون العام من حيث المكان

٣١٣ — نعلم أن مبدأ إقليمية القوانين هو نتيجة مباشرة لكون الدولة كائناً ذا سيادة . وإذ كان القانون العام هو القانون الذى يكفل للدولة مباشرة سيادتها ، وكان هو القانون الذى يحكم كل علاقة تكون الدولة فيها طرفاً ، باعتبارها صاحبة سيادة ، كان من المنطق أن تكون القاعدة هى اعتبار قواعد القانون العام قواعد إقليميـــة التطبيق فتطبق على جميع الأشخاص الموجودين على إقليم الدولة من وطنيين وأجانب ما دام أن تطبيق هذه القواعد يكون متعلقاً بسيادة الدولة وسلامتها : ويقتضى هذا أن نفرق فى قواعد القانون العام بين قواعد تقتضى سيادة الدولة وسلامتها

أن تطبق على جميع الموجودين فى إقليم الدولة سواء أكانوا وطنيين أو أجانب ، وقواعد لا تقتضى سيادة الدولة ولا سلامتها أن يقتصر تطبيقها على الوطنيين دون الأجانب .

٣١٥ — فقواعد القانون الجنائى تطبق إقليمياً على الوطنيين والأجانب . والقانون المالى يطبق كذلك تطبيقاً إقليميا بمعنى أن الأجنبى الذى يمارس نشاطاً خاضعاً لضريبة معينة يخضع لهذه الضريبة فى الدولة التى يمارس فيها هذا النشاط ، وقواعد البوليس والأمن العام تطبق أيضاً على الأجانب لتعلقها بسلامة الدولة .

أما قواعد القانون الدستورى، فإنها سواء فيما تمنحه من حقوق أو تفرضه من أعباء وتكاليف ، لا تقتضى سيادة الدولة ولا سلامتها أن يطبق على الأجانب المقيمين على أرض الدولة : فلا يتمتع الأجانب المقيمون على أرض دولة ما بنفس الحقوق السياسية والعامة التى يتمتع بها الوطنيون فليس لهم حق الانتخاب ولا حق الترشيح ولا حق الاستفتاء . ومقابل ذلك لا يتحملون الأعباء والتكاليف التى تلقى على الوطنيين فلا يكلفون بأداء الخدمة العسكرية كما يكلف الوطنيون .

وقواعد القانون الإدارى فيما يتعلق بحق شغل المناصب العامة تقتصر قواعده لنفس الأسباب على الوطنيين دون الأجانب .

الفرع الثانى

تطبيق قواعد القانون الخاص من حيث المكان

٣١٦ — نعلم أن علاقات القانون الخاص لا تتسم بطابع سيادة الدولة أو سلطانها إلا ما كان منها ذا طابع آمر أو ناهٍ بسبب تعلقه بمصلحة عليا وكانت لذلك متعلقة بالنظام العام أو الآداب . ولذا يمكن القول بصفة عامة

إنه يمكن أن يسرى فى علاقات القانون الخاص مبدأ امتداد القوانين مادام أنه لا يخل بسيادة الدولة أن تسمح بأن يطبق فى إقليمها قانون أجنبي لحكم علاقة من علاقات القانون الخاص : ولذا توجد فى قوانين جميع الدول قواعد تنظم تطبيق القوانين الأجنبية فى إقليمها . وهذه تسمى قواعد القانون الدولى الخاص ، وهى قواعد لا تنظم العلاقات القانونية بل تبين القانون الذى يجب تطبيقه على العلاقة القانونية التى يوجد فيها عنصر أجنبي ، أهو القانون الوطنى أم القانون الأجنبي .

وفيما يتعلق بقانوننا نجد هذه القواعد فى القانون المدنى فى المواد من ١٠ إلى ٢٨ .

٣١٧ — وتصدر هذه القواعد عن معايير تختلف بحسب طبيعة العلاقة القانونية التى يتوافر فيها عنصر أجنبي . ولنضرب أمثلة لبعض هذه المعايير :

(أ) معيار الجنسية : ففيما يتعلق بالحالة المدنية للأشخاص وأهليتهم تطبق المادة المادة ١١ قانون الدولة التى ينتمى إليها الأشخاص بجنسيتهم . وكذلك طبق هذا المعيار فى تحديد الشروط الموضوعية لصحة الزواج (م ١٢)، وفى تحديد الآثار المترتبة على عقد الزواج ، إذ يطبق عليها قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الزواج (م ١٣) ، وفى الطلاق إذ يسرى عليه قانون الدولة التى ينتمى إليها الزوج وقت الطلاق ، وفى الالتزام بالنفقة بين الأقارب حيث يطبق قانون المدين بالنفقة (م ١٥) ، وفى المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين ، حيث يطبق قانون الشخص الذى يجب حمايته (م ١٦) ، وفى الميراث والوصية وسائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت حيث يطبق قانون المورث أو الموصى أو من صدر منه التصرف وقت موته (م ١٧) .

(ب) معيار قانون الموقع : فلقد طبق هـــذا المعيار فى مواد الحيازة والحقوق العينية على عقار أو منقـــول إذ يطبق فى العقار قانون موقع

العقار ، وفى المنقول قانون الجهة التى يوجد فيها المنقول وقت كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها (م ١٨) .

وكذلك طبق نفس المعيار بالنسبة إلى شكل التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت ، إذ يسرى على شكل الوصية قانون الموصى وقت الإيصاء أو قانون البلد الذى تمت فيه الوصية (م ٢/١٧) ، وكذلك فيما يتعلق بشكل التصرفات التى تعقد بين الأحياء ، إذ يخضع شكلها لقانون البلد الذى تمت فيه (م ٢٠) ، وفى قواعد الاختصاص وجميع المسائل الخاصة بالإجراءات حيث يسرى قانون البلد الذى تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات (م ٢٢) ، وفى الالتزامات غير التعاقدية حيث يسرى قانون البلد الذى وقع فيه الفعل المنشىء للالتزام (م ١/٢١) ، وفى الالتزامات التعاقدية عند اختلاف موطن المتعاقدين حيث يطبق قانون الدولة التى تم فيها العقد (م ١٩) .

(ح) قانون الإرادة : وهذا يسرى على الالتزامات التعاقدية حيث يطبق القانون الذى اتفق الطرفان على تطبيقه على علاقتهما (م ١٩) .

(ى) مبدأ النظام العام : ويعتبر النظام العام قيداً على مبدأ امتداد القوانين ، حيث لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي إذا كانت أحكام هذا القانون مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر .

٣١٨ — على أن هناك قوانين تدخل فى نطاق القانون العام وتكون بالتالى ذات تطبيق إقليمى يمتد مع ذلك أثرها استثناءً فتطبق خارج حدود الدولة ، من ذلك أن قانون العقوبات المصرى يطبق استثناء على بعض الجرائم التى ترتكب خارج الإقليم المصرى بالنظر لما تتسم به هذه الجرائم من إخلال بأمن الدولة ، كالجرائم المخلة بأمن الحكومة وجرائم التزوير فى أوراق الدولة أو أختامها أو أوراق النقد فيها (م ٢ عقوبات) .

وكذلك يسرى قانون العقوبات المصرى على كل مصرى ارتكب وهو

فى الخارج فعلا يعتبر وفقاً للقانون المصرى جناية أو جنحة إذا كان هذا الفعل معاقباً عليه بمقتضى قانون البلد الذى ارتكب فيه إذا عاد هذا الشخص إلى الجمهورية العربية المتحدة ، مالم يثبت أن محاكم الدولة التى ارتكب فيها الفعل قد برأته أو أنها حكمت عليه نهائياً واستوفى العقوبة (م ٣ و ٤ عقوبات) .

٣١٩ — كذلك الأحكام والأوامر الصادرة فى بلد أجنبى يمكن أن تمتد إلى الخارج فتنفذ فى إقليم دولة أخرى . بشرط المعاملة بالمثل . وفى هذا تقول المادة ٤٩١ من تقنين المرافعات « الأحكام والأوامر الصادرة فى بلد أجنبى يجوز الأمر بتنفيذها ، بنفس الشروط المقررة فى قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر المصرية فيه » .



صفحة

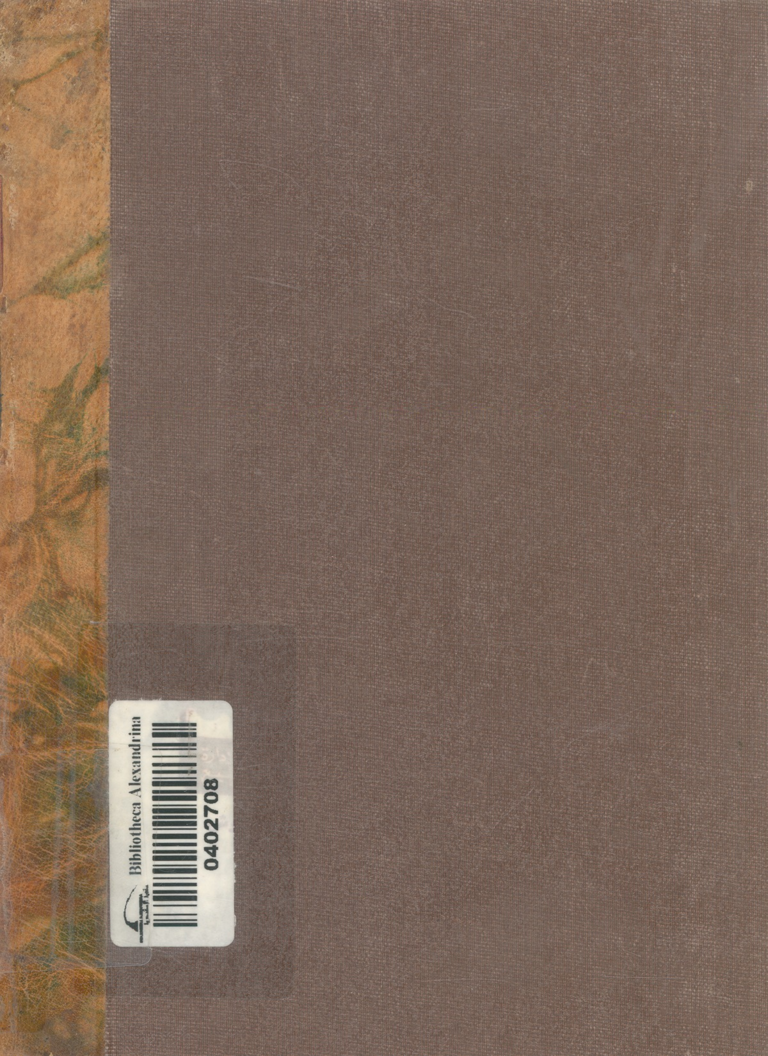
صفحة

صفحة

تصويب

الخطأ	الصفحة	السطر	الصواب
عامة وخاصة	٢	٨	عامه وخاصه
الفقيه الفليسوف	٥	٦	الفقيه والفيلسوف
الجاعة	٢٠	٢١	الجماعة
يقتضى	٢٢	السطر الأول من الهامش	لا يقتضى
بعض	٢٣	١٩	بعضهم
تظهل	٢٥	٣	تظهر
بالعملية	٣٢	٩	بعملية
القانون العام	٣٨	١٧	القانون الخاص
مما	٤١	١٩	ممن
الفشية	٤٣	١	الفيزيائية
الظهوار	٤٣	١٩	الظواهر
يمكن	٥٢	١٢	يكن
القانون الطبيعى	٥٦	٢	القانون الوضعى
قلب إنسان	٥٧	٦	قلب كل إنسان
كل جميع القوانين	٥٧	٧	جميع القوانين
وضعه	٦٠	٦	وصفه
الملكية	٧١	٢	الملكة
ratis	٧٣	٥	ratio
سلف	٧٩	١٨	سلفا
يرجح	٨٠	١٩	يرجع
ليس	٨٨	١٠	ليست
عامة	٩٢	٩	عامه
خاصة	٩٢	١٠	خاصه
فيها	٩٣	١٧	فيما
jus privatum	١٠٢	٣	*jus publicum*
jus publicum	١٠٢	٤	*jus privatum*
تنتظم	١٠٦	١٨	تنظم
مجموعة	١٠٨	٢٣	مجموعه

الخطـأ	صفحة	السطر	الصـواب
اعتباره من الطرفين	١١٠	٣	اعتباره كل من الطرفين
للسلطة	١١٠	١٤	السلطة
يعد مضى معقله	١١٧	١٦	يعد معقله
كانت	١١٩	١٤	كان
للعامة	١٢٢	٩	العامة
الفرع الثانى	١٤٥	١٣	الفرع الثالث
popubi	١٦٠	١٣	populi
Soctrine	٢٠١	٩	Doctrine
مصدر	٢٠١	١١	مصدراً
امضة	٢٠٤	١	غامضة
الفصل الرابع	٢٠٥		الفصل الخامس
واضعية	٢١٧	١٣	واضعيه
الشهر ستانى	٢٢٤	سطر ٨ من الهامش	الشهر ستانى
ترضاه	٢٢٤	سطر ١٠ من الهامش	يرضاه
الفعليه	٢٣٥	٥	العقلية
الفصل الخامس	٢٣٨		الفصل السادس
التى	٢٤١	٦	الذى
الأثر الرجعى الجديد	٢٥٠	٨	الأثر الرجعى للقانون الجديد
الحالية المستقبلة	٢٥٣	١٦	الحالية والمستقبلة


Bibliotheca Alexandrina
04027708